

I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli

di Roberto Romboli

(comunicazione presentata al Seminario Italo-Hispano-Brasileno,
La proteccion de los derechos en un ordenamiento plural - Barcelona 17-18 octubre 2013)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Protezione dei diritti e modello di giustizia costituzionale previsto in Italia. – 3. Protezione dei diritti e modello di ordinamento giudiziario previsto in Italia. – 4. La concreta realizzazione del modello di giustizia costituzionale con riguardo alla protezione dei diritti: l'obbligo di interpretazione conforme come avvicinamento del modello accentrato a quello diffuso. – 5. La concreta realizzazione del modello di ordinamento giudiziario con riguardo alla protezione dei diritti: le garanzie di autonomia, indipendenza e imparzialità della magistratura. – 6. Criticità nella protezione dei diritti: A) L'inerzia del legislatore ed i suoi riflessi sulla tutela dei diritti che trovano fondamento nella Costituzione e dei diritti che si fondano invece sulla legge. – 7. *Segue:* i limiti all'intervento "creativo" del Giudice costituzionale e dei giudici comuni (i c.d. nuovi diritti) e la diversa legittimazione del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico. – 8. B) Le c.d. zone franche della giustizia costituzionale: le leggi per le quali è più difficile attivare il controllo della Corte costituzionale. – 9. *Segue:* il ricorso alla Corte Edu o alla Corte di giustizia come rimedio alle lacune derivanti dal modello di giustizia costituzionale nazionale. – 10. Il possibile disorientamento di fronte ad una pluralità di modelli: i giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di Strasburgo ed alla Corte di Lussemburgo. – 11. L'esigenza di un ripensamento del modello: A) la previsione di un ricorso individuale diretto e le sue differenti "stagioni". – 12. *Segue:* la "stagione" attuale e le ragioni per riflettere nuovamente sul tema. Il recente caso della legge elettorale e la forzatura, da parte della Corte, del modello e dei suoi caratteri. – 13. *Segue:* un ricorso individuale diretto per coprire le c.d. zone franche oppure per sanzionare una violazione dei diritti ad opera dell'autorità giudiziaria. Rilievi critici. – 14. B) Una proposta provocatoria: la trasformazione del nostro modello "misto" in un modello "duale", con previsione di un modello diffuso accanto a quello accentrato. La riconduzione ad unità di modello dei giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di Strasburgo ed alla Corte di Lussemburgo: l'alternativa fra disapplicazione e proponimento della questione di costituzionalità.

1. Premessa.

Il Seminario ha ad oggetto un tema classico del diritto costituzionale, quale quello del grado e dei livelli di protezione dei diritti, che determina la reale effettività dei diritti stessi in un determinato ordinamento e momento storico.

Gli strumenti a disposizione dell'interessato, a seconda del tipo di atto impugnato, saranno ovviamente diversi e differenti anche i procedimenti e gli organi competenti a decidere, ma appare palese come un diritto fondamentale in tanto può ritenersi effettivamente esistente e concretamente efficace in quanto lo stesso sia non solamente enunciato in qualche Carta più o meno solenne, ma garantito in maniera efficace nell'ipotesi di una sua supposta o reale violazione.

Esistenza di un diritto, nel senso della sua previsione normativa, e tutela del medesimo, rappresentano quindi momenti astrattamente separabili, ma strettamente connessi al pari di due facce della stessa medaglia.

La tematica viene affrontata suddividendo la medesima in tre differenti aspetti: quello della disciplina e della sua applicazione a livello nazionale, quello dell'analoga problematica a livello sovranazionale ed infine quello dei rapporti in materia tra l'intervento del legislatore e l'intervento del giudice, costituzionale o comune.

In realtà i tre aspetti sono tra loro strettamente connessi ed in certi casi assolutamente inestricabili. Con riferimento poi al rapporto tra l'intervento del legislatore e quello del

giudice, esso parrebbe dover tranquillamente condurre ad una facile ed immediata soluzione, in applicazione del classico principio di separazione tra i poteri: la individuazione del diritto spetta alla fonte politica, mentre la protezione dello stesso rappresenta la funzione caratterizzante del potere giudiziario, che ne giustifica addirittura l'esistenza.

In realtà la soluzione non è così semplice, ma le due diverse forme di produzione del diritto si trovano inevitabilmente tra loro strettamente intrecciate e ciò accade a diversi livelli.

Sul primo versante (individuazione) una dimostrazione la si può trovare già nella nota problematica che attiene all'esistenza ed alla delimitazione di quelli che sono comunemente definiti "i diritti nuovi", in parte frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e sui quali tornerò fra un momento.

Sul secondo (garanzia) innanzi tutto le forme di tutela, le condizioni ed i limiti del potere giudiziario (intendendo per il momento in esso compresa anche la Corte costituzionale) sono ovviamente derivanti da scelte del legislatore, ordinario o costituzionale. Si pensi ad esempio alla scelta se riconoscere o meno ai singoli un ricorso diretto a garanzia dei propri diritti fondamentali.

L'intreccio tra il diritto politico ed il diritto giurisprudenziale viene, se possibile, ad essere reso ancora più complesso dall'esistenza, in materia di diritti fondamentali, di una pluralità di legislatori e quindi di Carte a differente livello (Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Cedu -, Carta di Nizza – poi Carta dei diritti dell'Unione europea -, Costituzione, Statuti regionali), cui corrispondono una pluralità di giudici, ognuno dei quali con il compito specifico di tutelare i diritti riconosciuti in una Carta (Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di giustizia Cee, Corte costituzionale e, con le loro particolarità, gli organi di garanzia statutaria).

La mia comunicazione avrà pertanto ad oggetto i tre differenti aspetti, ma senza procedere nella esposizione ad una puntuale differenziazione tra gli stessi.

2. Protezione dei diritti e modello di giustizia costituzionale previsto in Italia.

La supposta lesione di un diritto può verificarsi sia ad opera di un atto di un privato oppure di un atto pubblico, il quale a sua volta può provenire da organi della pubblica amministrazione (atto amministrativo), dell'autorità giudiziaria (sentenza) oppure dal potere legislativo (legge o atto avente forza di legge). Per ognuna di queste ipotesi l'ordinamento prevede un sistema di tutela, un procedimento ed un giudice competente.

In ragione di ciò fondamentale importanza assume la scelta operata in ordine al modello di giustizia costituzionale, specie allorchè la violazione del diritto sia imputabile direttamente alla legge, nonché al modello di ordinamento giudiziario ed alle garanzie costituzionali riconosciute alla magistratura, cui spetta la protezione dei diritti.

Con riguardo al primo la tutela, nei riguardi della legge, dei diritti costituzionalmente garantiti rientra, nei modelli accentrati, tra le funzioni tradizionalmente assegnate al Giudice costituzionale, mentre viene realizzata dal giudice comune nei modelli diffusi di controllo di costituzionalità delle leggi, attraverso la possibilità a questo riconosciuta di disapplicare, con effetti limitati al caso deciso, la legge ritenuta incostituzionale.

In Europa, com'è noto, viene scelto di non assegnare questo compito ai giudici comuni, in particolare per tre ragioni: a) la natura programmatica di molti principi contenuti nella Costituzione, spesso in antitesi con quelli del periodo o regime precedente, la quale rendeva troppo politica l'interpretazione e l'applicazione di quei principi e suggeriva quindi di non attribuire tale funzione ai giudici comuni; b) una certa sfiducia dei Costituenti nei confronti della magistratura formatasi sotto il regime precedente e ritenuta poco sensibile ai nuovi principi costituzionale; c) la mancanza, nelle esperienze europee di *civil law*, del

principio dello *stare decisis* e quindi il timore della formazione di linee giurisprudenziali differenti a danno del principio di certezza del diritto.

Tra i modelli di tipo accentrato rileva poi, ai nostri fini, la distinzione tra quelli fondati su un controllo astratto ed oggettivo della legge, avente come finalità principale l'eliminazione di leggi contrastanti con i principi costituzionali e quindi la depurazione dell'ordinamento da leggi incostituzionali e quelli tendenti invece anche o principalmente alla difesa dei diritti fondamentali.

Le "due anime" – quella oggettiva e quella soggettiva – si pongono ovviamente tra di loro in stretta connessione, dal momento che il perseguimento della prima determina sempre o quasi sempre, anche se in via indiretta, una tutela dei diritti fondamentali, mentre quest'ultima finalità ha pur sempre in ogni caso una valenza generale ed il suo perseguimento corrisponde ad un interesse pubblico generale.

Rilevante la scelta delle vie di accesso al Giudice costituzionale, risultando alcune più chiaramente dirette a realizzare la funzione "oggettiva", altre invece quella "soggettiva" e tra queste ultime rientrano in particolare la via incidentale e più ancora il ricorso diretto del singolo interessato.

Possiamo ritenere che un accesso fondato sul ricorso diretto infatti, specie se esercitabile contro le sentenze e contro gli atti amministrativi, costituisce una forma di protezione "immediata" dei diritti costituzionali assai efficace, ben più che il ricorso incidentale, proprio in quanto mediante esso è possibile "saltare" il raccordo Corte/giudici comuni tipico della via incidentale. Un accesso fondato sul ricorso incidentale garantisce invece, nel medio-lungo periodo, una proficua collaborazione tra corti costituzionali e giudici ordinari (e amministrativi, dove costituiscono una giurisdizione separata) e consente di permeare l'ordinamento della nuova legalità costituzionale in una forma meno conflittuale ed "invasiva" (per le altre giurisdizioni, per la stessa amministrazione) di quanto non avvenga negli ordinamenti che conoscono il ricorso diretto contro atti e sentenze.

In Italia il sistema individuato attraverso le norme costituzionali e quelle di legislazione ordinaria direttamente attuative delle prime, delinea, in maniera più o meno consapevole dato il percorso un po' accidentato che venne seguito, una forma di controllo che vede nell'autorità giudiziaria un elemento di estrema importanza per la realizzazione dello stesso.

A differenza infatti di altri modelli che in quegli anni, ed in quelli immediatamente successivi, vengono realizzati, il nostro si fonda quasi esclusivamente sulla via incidentale, non essendo previste forme di ricorso diretto né da parte dei singoli interessati, né da parte di soggetti pubblici, quali il Presidente della repubblica, le minoranze parlamentari o altri. L'unica via principale è infatti costituita dal ricorso dello Stato (cioè del governo) nei riguardi delle leggi regionali e delle regioni nei confronti di leggi statali (ma solamente allo scopo di far valere eventuali violazioni delle competenze legislative riconosciute dal titolo V della parte seconda della Costituzione).

Se a ciò aggiungiamo che le regioni ordinarie inizieranno a funzionare concretamente solo all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, se ne deriva che l'unica via di accesso, attraverso la quale investire la Corte costituzionale ed ottenere una garanzia dei diritti fondamentali, è appunto quella incidentale, la quale assume quindi il ruolo non di "una" delle vie di accesso, bensì dell'"unica" via di accesso.

Da qui l'importanza centrale che viene ad assumere la sensibilità della magistratura ai nuovi principi costituzionali ed il ruolo assolutamente decisivo del raccordo tra autorità giudiziaria e Giudice costituzionale.

Il modello italiano di giustizia costituzionale appartiene, come noto, ai c.d. modelli misti, in quanto in certo senso intermedio tra quelli puri (accentrato-astratto e diffuso-concreto), in considerazione principalmente della previsione di un giudizio in via incidentale, che più di ogni altro unisce l'anima "oggettiva" del controllo delle leggi e quella "soggettiva", per cui il

concreto funzionamento del sistema avrebbe potuto indirizzare lo stesso maggiormente verso la prima oppure verso la seconda.

3. Protezione dei diritti e modello di ordinamento giudiziario previsto in Italia.

Con riguardo invece al modello di ordinamento giudiziario, la principale esigenza che fu presente ai Costituenti italiani, al momento di dettare le nuove regole costituzionali fondanti il nuovo ordinamento da realizzare a seguito della caduta del regime fascista, fu senza dubbio quella di garantire, in chiara antitesi alla fase politica precedente, i valori della autonomia e della indipendenza del giudice, in applicazione del principio della separazione dei poteri, esplicitamente negato dall'ordinamento fascista.

Unitamente a ciò, era altresì presente e sentita l'esigenza di garantire l'unità dello Stato, nel senso del perseguimento e della realizzazione dell'interesse pubblico attraverso la cooperazione e l'attività congiunta di tutti gli organi ed i poteri pubblici, per questo la necessità di evitare che venisse a determinarsi, per la magistratura, una posizione di "isolamento" e di "separatezza" rispetto agli altri poteri dello Stato e quindi di creare organi di raccordo, i quali però fossero istituiti e disciplinati in modo tale da non compromettere il valore della autonomia-indipendenza del giudice.

Il modello di ordinamento giudiziario delineato dalla Costituzione italiana contiene caratteristiche che valgono a distinguerlo dagli altri modelli fin ad allora conosciuti e che, in considerazione del modo diverso di realizzare l'indipendenza, esterna ed interna, del giudice, hanno fatto parlare di un "modello italiano di ordinamento giudiziario", seguito anche in esperienze costituzionali successive alla nostra.

Gli elementi essenziali e caratterizzanti il modello italiano, a parte la già ricordata scelta a favore di un controllo accentrato ma ad iniziativa diffusa, sono individuabili in quattro elementi: a) la garanzia di indipendenza esterna della magistratura, tale da sottrarre la stessa da possibili interferenze o pressioni provenienti dal potere esecutivo. Essa viene realizzata soprattutto attraverso la previsione di un organo apposito, il Consiglio superiore della magistratura il quale, eletto per i due terzi dagli stessi magistrati, svolge il ruolo di raccordo del potere giudiziario con gli altri poteri dello Stato ed esercita le competenze, in materia di amministrazione della giurisdizione, prima spettanti al potere esecutivo ed al ministro della giustizia in particolare; b) la garanzia della indipendenza interna alla magistratura realizzata, attraverso l'eliminazione dell'organizzazione gerarchica degli organi giurisdizionali, distinguendo gli stessi solo in base alle funzioni esercitate e non in considerazione del grado ricoperto, cui ovviamente non porta eccezione il sistema delle impugnazioni delle decisioni; c) la garanzia di indipendenza degli organi del pubblico ministero, sottratti al controllo da parte del ministro della giustizia e quindi del governo; d) la garanzia rappresentata dal principio della obbligatorietà dell'azione penale.

4. La concreta realizzazione del modello di giustizia costituzionale con riguardo alla protezione dei diritti: l'obbligo di interpretazione conforme come avvicinamento del modello accentrato a quello diffuso.

Nella realizzazione del modello di giustizia costituzionale in Italia, volendo procedere attraverso una necessariamente sommaria semplificazione, si possono distinguere due differenti fasi della giurisprudenza costituzionale, la prima delle quali maggiormente orientata in senso "oggettivo", in conseguenza di differenti ragioni, tra le quali: prima l'interesse preminente ad eliminare le leggi ereditate dal precedente regime, in evidente contrasto con i principi costituzionali e poi il dover giudicare su leggi repubblicane esaminate a notevole distanza di tempo dal momento della loro approvazione (anche a causa dei ritardi nel decidere le eccezioni proposte); l'esistenza di una magistratura,

ancora organizzata in senso gerarchico e poco sensibile ai nuovi valori costituzionali; la necessità conseguentemente di un'opera di "educazione" della stessa, dato il ruolo essenziale che questa è chiamata a svolgere, sia nella fase "ascendente" che in quella "discendente" del giudizio costituzionale.

Un momento di decisiva importanza per il passaggio ad una seconda fase è rappresentato dall'opera di smaltimento dell'arretrato realizzata negli anni 1987-1989, la quale pose le condizioni per una più efficace tutela dei diritti costituzionali attraverso la drastica riduzione dei tempi di decisione, nonché, di conseguenza, per un aumento del tasso di concretezza del giudizio e della attenzione del Giudice costituzionale alle fattispecie concrete dei giudizi *a quibus*.

Se questo appare come l'effetto più immediato e più evidente, ciò che invece si paleserà con chiarezza solo alcuni anni dopo è la realizzazione di un diverso rapporto tra la Corte costituzionale ed i giudici comuni, reso possibile anche dal fatto che nel frattempo la magistratura in Italia appare profondamente cambiata e senz'altro maggiormente sensibilizzata ai principi costituzionali, ormai penetrati anche grazie all'esperienza del giudizio incidentale.

Per un bilancio dell'attività svolta dalla Corte costituzionale in tema di tutela dei diritti, non pare condivisibile quanto ebbe a sostenere nel 1988 Livio Paladin, secondo cui l'aver limitato l'accesso alla Corte alla via incidentale avrebbe fatto sì che questa si fosse presentata sempre più come giudice della ragionevolezza delle scelte legislative e non come garante dei diritti fondamentali, in quanto i profili attinenti alla garanzia delle libertà sarebbero, nel complesso della giurisprudenza costituzionale, piuttosto marginali, concludendone che solo l'introduzione di un ricorso diretto avrebbe consentito di poter parlare di giurisdizione costituzionale delle libertà e di porre la Corte in una posizione di sovraordinazione rispetto a tutte le altre autorità pubbliche.

Una valutazione su come concretamente si è realizzato il controllo incidentale sulle leggi in Italia e sulla natura che ha quindi assunto il modello "vivente" di giustizia costituzionale, mostra infatti inequivocabilmente come la Corte abbia tendenzialmente assunto, in stretta correlazione e cooperazione con il giudice comune, sempre più il ruolo di giudice dei diritti e sempre meno quello di giudice delle norme e come non si possa disconoscere che la effettiva consistenza e fisionomia dei diversi diritti fondamentali, ed in particolare l'individuazione dei limiti cui gli stessi possono ritenersi soggetti, è essenzialmente il frutto della giurisprudenza costituzionale, dal momento che il terreno su cui più proficuamente si è svolta l'opera della Corte di concretizzazione dei valori costituzionali è stata proprio quella dei diritti.

A tal fine la Corte ha "creato" tutta una serie di strumenti decisori tali da consentirle di raggiungere i risultati massimi possibili con riguardo allo specifico momento politico-istituzionale, pur restando sempre attenta a non spingersi troppo oltre nel sindacare le scelte politiche proprie del potere legislativo.

Si pensi per tutte alle c.d. sentenze manipolative, nella veste di additive o di sostitutive, attraverso le quali, a seguito dell'intervento del Giudice costituzionale, il testo della disposizione viene sostanzialmente modificato con effetto immediato a seguito della pubblicazione della decisione sulla Gazzetta ufficiale e senza la necessità di un intervento legislativo.

La giustificazione delle crisafulliane "rime obbligate", esistendo le quali la Corte costituzionale si limiterebbe ad inverare un significato già interamente presente nell'ordinamento e derivante tutto direttamente dal dettato costituzionale, appare in realtà molto ingegnosa, ma poco realistica. Moltissimi sono infatti i casi in cui gli interventi creativi della Corte difficilmente potrebbero davvero ritenersi derivare inequivocabilmente e senza alternative dal dettato costituzionale.

Un tipo di decisione, impiegato fin dall'inizio dalla Corte, che ha svolto un'importanza decisiva, seppure il relativo dispositivo non sia dotato di efficacia vincolante, è quello delle sentenze interpretative di rigetto. Attraverso queste sentenze, formalmente di infondatezza, la Corte fornisce un'interpretazione che viene indicata come l'unica tale da salvare la disposizione impugnata da una dichiarazione di incostituzionalità e tale sovente da attribuire alla stessa un significato diverso (a volte opposto) da quello cui il legislatore storico (in certi casi pre-repubblicano) aveva pensato.

L'azione della Corte costituzionale si rivelerà di decisiva importanza per la garanzia dei diritti fondamentali in quanto, da un lato, evita di creare vuoti normativi – come sarebbe accaduto a seguito di una sentenza di incostituzionalità – a fronte di un parlamento non particolarmente attento ed attivo nell'opera di defascistizzazione dell'ordinamento e dall'altro cerca di imporre le sue letture costituzionalmente orientate ad una magistratura che era ancora quella formatasi sotto il regime precedente e risultava anche per questo poco sensibile ai nuovi principi costituzionali (come aveva mostrato il periodo di controllo diffuso di costituzionalità degli anni 1948-1955).

Per molto tempo le letture costituzionalmente orientate delle disposizioni legislative sono risultate essere svolte dalla Corte in un situazione quasi monopolistica, mentre a partire dagli anni Novanta del secolo scorso questa funzione interpretativa è stata progressivamente delegata ai giudici comuni.

Un primo strumento utilizzato è stato quello delle c.d. sentenze additive di principio, quali sottospecie delle additive-autoapplicative e caratterizzate dal fatto che con la dichiarazione di incostituzionalità la Corte non provvede direttamente alla ricostruzione della norma, ma si limita a fissare un principio, cui dovrà ispirarsi *in primis* il legislatore, ma poi anche i giudici.

Questo tipo di pronuncia viene presentato come espressione di rispetto da parte della Corte dello spazio riservato alle scelte del legislatore, ma in realtà ottiene il risultato di "aprire" la possibilità di interventi diretti da parte del giudice comune, una volta liberato dall'ostacolo rappresentato dal dettato normativo dichiarato incostituzionale.

A fronte infatti dell'inerzia del legislatore a porre una disciplina generale della materia, sono stati i giudici che, in ciò sollecitati dalla stessa Corte, hanno fatto diretta applicazione del principio contenuto nella sentenza per risolvere i casi specifici a loro presentati, dal momento che il giudice è comunque obbligato a dare una risposta alla richiesta di giustizia.

Decisivo infine è poi risultato lo strumento della c.d. interpretazione conforme, rispetto al quale abbiamo assistito ad una chiara evoluzione della giurisprudenza costituzionale: alla ricordata situazione di monopolio è seguita quella in cui la Corte ha invitato e poi sollecitato fortemente il giudice a non rimettere ad essa le questioni di costituzionalità allorché risulti possibile dare della disposizione impugnata una lettura costituzionalmente conforme (le leggi si dichiarano incostituzionali non perché è possibile darne una lettura incostituzionale, ma solo quando non è possibile darne una lettura costituzionalmente conforme) ed infine quella attuale in cui il giudice deve dimostrare, pena l'inammissibilità della questione, di aver sperimentato ed escluso la possibilità di una interpretazione conforme della disposizione impugnata.

La progressiva "delega" di funzioni dalla Corte ai giudici comuni è avvenuta anche in considerazione dei notevoli mutamenti che dal 1956 agli anni Duemila si sono avuti all'interno della magistratura con riguardo alla realizzazione delle garanzie di autonomia, indipendenza ed imparzialità da un lato e della raggiunta sensibilizzazione ai valori costituzionali, dall'altro.

Una simile evoluzione ha fatto ritenere che i due modelli (accentrato e diffuso) si siano venuti in qualche misura ad avvicinare e proprio in ragione di ciò, specie con riferimento all'interpretazione conforme, è stato anche sostenuto che si sarebbe illegittimamente

prodotta una modificazione del nostro sistema di giustizia costituzionale, la quale avrebbe richiesto un procedimento di revisione costituzionale.

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".

Significativa al proposito l'importante e recente vicenda relativa alla possibilità di riaprire un procedimento penale concluso con la condanna dell'imputato, allorché lo stesso sia stato giudicato dalla Corte di Strasburgo in violazione del principio del giusto processo (art. 6 Cedu).

La Corte costituzionale aveva lanciato un inascoltato "monito" al legislatore, invocando il suo intervento, per cui in considerazione della inerzia di quest'ultimo è stata "costretta" ad usare lo strumento più forte e demolitorio, ossia la pronuncia di incostituzionalità, dichiarando illegittimo l'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 al 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 reattive 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").

5. La concreta realizzazione del modello di ordinamento giudiziario con riguardo alla protezione dei diritti: le garanzie di autonomia, indipendenza e imparzialità della magistratura.

Per la realizzazione del modello di ordinamento giudiziario, il Costituente, nell'approvare i principi costituzionali sopra ricordati, si mostrò ben consapevole che sarebbe stata anche necessaria una nuova disciplina, unitaria, organica e generale, della materia dell'ordinamento giudiziario, per questo approvò la VII° disposizione transitoria della Costituzione, secondo cui "fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente".

Attraverso tale disposizione l'Assemblea costituente prese atto del contrasto del vigente ordinamento giudiziario con i principi costituzionali (si dice infatti: "in conformità alla Costituzione" riferito alla nuova legge), ma ritenne quella sull'ordinamento giudiziario "una legge costituzionalmente necessaria", quindi da mantenere in vigore in attesa che il legislatore provvedesse all'approvazione del nuovo ordinamento in linea con i principi

costituzionali, opera che, per la sua complessità, non poteva certo essere esercitata direttamente dalla Costituente.

Per molti anni in Italia non è stata approvata una legge generale sull'ordinamento giudiziario, ma si è proceduto con singole leggi specifiche, concernenti aspetti particolari seppure importanti, nonché attraverso decisivi interventi della Corte costituzionale, dei giudici amministrativi e del Consiglio superiore della magistratura.

La garanzia della indipendenza esterna viene realizzata in particolare grazie all'attività svolta dal Consiglio superiore della magistratura, il quale nasce proprio allo scopo di eliminare possibili ingerenze dall'esterno da parte del governo, con conseguente limitazione dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria, su quella che Pizzorusso ha efficacemente definito l'"amministrazione della giurisdizione".

L'esperienza maturata sotto il regime fascista, ed in buona parte anche nello stato liberale, aveva infatti mostrato la possibilità di incidere, da parte dell'esecutivo attraverso il ministro della giustizia, sulle pronunce della magistratura, specie se organizzata gerarchicamente, utilizzando al riguardo la facoltà di decidere in ordine ai profili attinenti al rapporto di lavoro del magistrato (assegnazioni, promozioni, sanzioni disciplinari ecc.).

L'affermata autonomia della magistratura condusse alla soluzione secondo cui il Consiglio superiore della magistratura doveva essere composto da magistrati eletti dai magistrati, mentre la volontà di evitare un isolamento della stessa giustificò la presenza, in misura minoritaria, di una componente laica (esperti in diritto, nominati dal parlamento in seduta comune).

Quest'ultima non è la sola ragione della previsione di membri eletti dalle camere, dovendosi essa giustificare altresì per il carattere non meramente amministrativo delle competenze del Csm, ma contenente pure aspetti di necessaria "politicalità", stante le finalità e le funzioni assegnate al Consiglio e la delicatezza della materia. Proprio tale considerazione giustifica la particolare composizione dell'organo di governo della magistratura e la particolarissima presidenza del medesimo affidata al Capo dello Stato.

La concreta realizzazione del modello italiano di ordinamento giudiziario deve moltissimo all'opera svolta dal Consiglio superiore della magistratura, anche grazie ad alcuni interventi della Corte costituzionale i quali hanno riconosciuto il fondamentale ruolo del Consiglio per la tutela dell'indipendenza della magistratura, nonché del legislatore a modifica della visione eccessivamente riduttiva derivante dalla legge istitutiva del 1958, i quali hanno permesso un'estensione delle funzioni del Csm (circolari, pareri, pratiche a tutela dei singoli magistrati ecc.) ben oltre quelle specificamente indicate nel testo costituzionale.

La garanzia della indipendenza interna ha trovato un momento significativo della interpretazione fornita al principio della precostituzione del giudice per legge, il quale dapprima è stato inteso come riserva di legge in materia di disposizioni regolanti la competenza del giudice, escludendo così interventi discrezionali da parte di soggetti diversi dal legislatore, poi interpretato come riferito non all'organo giudiziario oggettivamente inteso, bensì al magistrato-persona fisica componente l'organo.

L'impossibilità di realizzare per legge una previa previsione dei singoli giudici competenti ha quindi indotto a ritenere la riserva di legge integrata dal c.d. sistema tabellare, ossia una previsione, valida per l'intero anno, della composizione di tutti gli organi giudiziari approvata dal Csm, su indicazione dei consigli giudiziari.

Ciò ha escluso la possibilità di incidere, da parte dei "capi" degli uffici giudiziari, nella individuazione dei magistrati competenti attraverso lo svolgimento delle funzioni di assegnazione delle cause, composizione degli organi giudiziari, sostituzioni o supplenze.

Quanto alla figura ed al ruolo del pubblico ministero, esso è stato in tutto parificato agli organi giudicanti con riguardo alle garanzie di indipendenza esterna, pur subendo inevitabilmente una qualche riduzione quelle relative alla indipendenza interna.

La Corte costituzionale, in sintonia con la posizione che emerge dalle raccomandazioni europee, ha più volte affermato come il magistrato del pubblico ministero appartiene all'ordine giudiziario ed è collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza da ogni altro potere in quanto non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge o che trattasi di organo di giustizia, preposto alla difesa dell'ordinamento nell'interesse generale.

Infine circa il principio della obbligatorietà dell'azione penale - nonostante la difficoltà, tutta pratica, di una sua completa realizzazione e dell'esistenza quindi di una discrezionalità di fatto, la quale ha aperto da tempo un'ampia discussione circa le possibili soluzioni da seguire per eliminare o ridurre le stesse - esso risulta finora, tranne, qualche limitata eccezione, unanimemente condiviso, in quanto trova fondamento e giustificazione nella realizzazione dei valori della legalità, della uguaglianza e della indipendenza del pubblico ministero.

6. Criticità nella protezione dei diritti: A) L'inerzia del legislatore ed i suoi riflessi sulla tutela dei diritti che trovano fondamento nella Costituzione e dei diritti che si fondano invece sulla legge.

Il livello di protezione dei diritti trova due momenti di criticità, diversi nelle cause e riguardo ai soggetti ai quali specificamente si rivolgono, però accomunati dal riflettersi in una tutela debole o assente nei riguardi dei diritti vantati dagli interessati.

Il primo si verifica allorché il legislatore non interviene a riconoscere e regolare un determinato diritto, il quale può anche trovare diretto fondamento nella Costituzione, mentre il secondo deriva da quelle che comunemente sono chiamate le "zone franche" o le "zone d'ombra" della giustizia costituzionale che, per differenti ragioni, impediscono una adeguata tutela.

Con riferimento alla prima, la necessità di un intervento del legislatore è in varie occasioni segnalato dalla giurisprudenza, sia 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.

Allorché il legislatore ritenga di non operare una scelta e di non intervenire a dettare una qualsiasi disciplina, ai fini della tematica in esame, deve distinguersi a seconda che il diritto di cui si chiede la tutela si ritenga che trovi un fondamento nel testo costituzionale oppure in un testo avente forza di legge.

Nel primo caso, a meno di non vanificare 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. E' quanto sembra verificarsi nel caso dei c.d. 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 oppure quello del riconoscimento del cognome materno, per il quale molto recentemente l'Italia è stata sanzionata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo).

La giurisprudenza costituzionale in diverse occasioni ha invitato in queste circostanze 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" (347/1998) (corsivi aggiunti).

Il secondo caso è costituito da quelle ipotesi in cui 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.

In tal caso risulta altresì evidente come necessariamente più prudente ed attento dovrà essere l'atteggiamento e l'intervento del Giudice costituzionale e dei giudici comuni nei confronti delle scelte (o non scelte) legislative, mentre nel caso in cui la Costituzione che "imponga" (e non solo "consenta") la realizzazione di un diritto, la posizione della Corte costituzionale e dei giudici comuni dovrà essere più decisa e condurre, di norma e quando possibile, alla dichiarazione di incostituzionalità della disciplina "nella parte in cui non prevede", nonché alla applicazione diretta della Costituzione da parte dei secondi.

Per la distinzione tra l'ipotesi di un diritto che trova fondamento nella Costituzione e di un diritto la cui realizzazione dipende invece dalle scelte del legislatore, con le conseguenti ricadute già evidenziate in ordine ai limiti per il potere interpretativo del giudice, può essere infine ricordata, con riguardo alla posizione delle coppie omosessuali, 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".

7. Segue: *i limiti all'intervento "creativo" del Giudice costituzionale e dei giudici comuni (i c.d. nuovi diritti) e la diversa legittimazione del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico.*

L'intervento del Giudice costituzionale o dei giudici comuni realizza pertanto una protezione dei diritti, a fronte dell'inerzia del legislatore e, entro certi limiti, sostituendosi allo stesso.

Questo pone, con riguardo ai rapporti tra legislatore e giudici nella protezione dei diritti, il problema dei limiti entro cui può realizzarsi l'attività "creativa" dei secondi e del fondamento di tale attività.

Il tema dei limiti all'attività interpretativa-creativa del giudice si è posto particolarmente in relazione alla tutela dei c.d. "nuovi diritti".

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.

Tra i limiti che si pongono sta quindi certamente la necessità del rispetto del testo, per cui si può concordare con Massimo Luciani nel ritenere l'art. 2 della Costituzione una sorta di principio-valvola che garantisce la dinamicità del patrimonio costituzionale dei diritti, ma sempre entro le coordinate fissate dal testo, nella giusta considerazione che l'individuazione di un "nuovo" diritto pone inevitabilmente la necessità che lo stesso venga bilanciato con gli altri "già esistenti", mentre non altrettanto condivisibile pare la conclusione sostenuta dallo stesso Luciani nella relazione presentata a questo Seminario, secondo cui in materia di diritti fondamentali sarebbe da escludere, per la stessa ragione, qualsiasi operazione di revisione costituzionale.

Retaggio del passato è da ritenere la tesi per cui le disposizioni costituzionali relative ai diritti fondamentali siano rivolte solamente al legislatore e non anche ai giudici, come sostenuto nei ricorsi che le camere hanno proposto davanti alla Corte costituzionale impugnando per supposta invasione della propria competenza legislativa le sentenze dei giudici comuni che avevano riconosciuto alla giovane Eluana Englaro, in stato di coma irreversibile da molti anni, il diritto al distacco dagli strumenti che artificialmente la mantenevano in vita.

Non ritengo accettabile in proposito neppure la tesi, più attenuata, sostenuta da Antonio Ruggeri, secondo il quale l'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici è attività possibile, ma che non può rappresentare la regola, in quanto l'intervento del legislatore non può considerarsi un *optional* e ricordando come anche la Corte costituzionale è solita fermarsi di fronte alle scelte discrezionali del legislatore.

Non deve infatti sfuggire la differenza esistente tra un intervento demolitorio della Corte costituzionale, avente portata generale e tale quindi da porsi sullo stesso piano dell'intervento legislativo, rispetto all'intervento del giudice comune che opera sul piano del caso concreto e con efficacia *inter partes* e che non esclude pertanto che il legislatore approvi una legge dotata di effetti generali.

Per quanto concerne invece la legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del giudice, essa è chiaramente diversa da quella cui si ricollega la produzione del diritto da parte del legislatore. Quest'ultima infatti 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 legittimamente di primaria importanza, in contrapposizione con quanto accade per l'attività politica, è poi costituito da quella che da Cappelletti è stata chiamata la "processualità" dell'agire del giudice e da Alfonso Di Giovine, più recentemente, l'"armatura ferrea" con cui lo stesso deve procedere, 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 sostanzi 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 ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, 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.

8. B) Le c.d. zone franche della giustizia costituzionale: le leggi per le quali è più difficile attivare il controllo della Corte costituzionale.

La seconda ragione di criticità è rappresentata, come detto, dalle c.d. zone franche della giustizia costituzionale.

Lo strumento incidentale, come rilevato da Valerio Onida, si è mostrato in generale perfettamente adeguato a realizzare in concreto la tutela, sul piano giuridico, dei diritti fondamentali. Se infatti per ogni diritto (sostanziale) c'è – e ci deve essere per Costituzione – un giudice ed un giudizio nel quale esso può essere azionato e fatto valere; se da qualunque giudice e in qualunque giudizio può essere provocato il controllo della Corte sulla eventuale indebita compressione o limitazione che ai diritti fondamentali possa derivare da norme di legge, di diritto sostanziale o processuale, ne deriva che, dal punto di vista logico, il sistema delle garanzie di tali diritti non ammette e non lascia lacune".

Nonostante ciò appare altrettanto innegabile che il meccanismo del giudizio incidentale ha mostrato, in questi anni di applicazione, che esistono leggi difficilmente "aggredibili" che danno luogo a "strette" o "zone franche", espressioni che vogliono appunto indicare situazioni e ipotesi in cui può risultare, per varie e differenti ragioni, più difficile portare una determinata legge all'esame della Corte costituzionale.

La difficoltà di sottoporre una certa legge al controllo di costituzionalità della Corte può derivare da diverse ragioni, raggruppabili, a fini espositivi, in quattro categorie, a seconda che la ragione discenda :

- a) dalla natura e dal contenuto dell'atto (ad esempio i trattati, le fonti derivate dell'Ue, le leggi-provvedimento, le leggi di organizzazione e le leggi di spesa);
- b) dalla particolare efficacia nel tempo della fonte (ad esempio le leggi a carattere temporaneo, la decretazione d'urgenza);
- c) dalla mancanza di un giudice competente a conoscere della questione, causa il ritenuto prevalere di diversi e superiori valori costituzionali (ad esempio le leggi elettorali per camera e senato, i regolamenti parlamentari; le posizioni di immunità a favore di soggetti politici e istituzionali);
- d) dalle condizioni e limiti previsti dalla legge o dalla giurisprudenza costituzionale per l'instaurazione del giudizio incidentale sulle leggi ossia dai presupposti del giudizio incidentale o dal modo come questi sono stati interpretati dalla giurisprudenza costituzionale (ad esempio il requisito della rilevanza, la nozione di "giudice", le scelte discrezionali del legislatore).

9. *Segue: il ricorso alla Corte Edu o alla Corte di giustizia come rimedio alle lacune derivanti dal modello di giustizia costituzionale nazionale.*

Un possibile rimedio alle lacune appena evidenziate potrebbe essere individuato nei livelli sovranazionali di protezione dei diritti, quali strumenti quindi non tanto di appello contro le decisioni prese a livello nazionale, ma di copertura delle "zone franche" o delle "zone di ombra" che si sono manifestate.

Mi riferisco in particolare all'ordinamento convenzionale della Cedu e quindi agli interventi della Corte Edu ed all'ordinamento della UE e quindi agli interventi della Corte di giustizia. Per il primo il giudizio della Corte Edu, rispetto a quanto accade nei giudizi davanti alla Corte costituzionale, ha sempre ad oggetto specifico un caso concreto ed assume quindi una coloritura maggiormente "soggettiva", anche quando la violazione della Cedu viene individuata in una legge nazionale.

In Italia, nonostante l'indiscutibile carattere "sostanzialmente" costituzionale della Convenzione, evidente ad una semplice anche superficiale lettura del suo contenuto, per molti anni la stessa è stata ritenuta formalmente avente valore di legge ordinaria, sul presupposto della sua approvazione da parte dell'Italia e quindi del suo inserimento nel nostro ordinamento attraverso una legge ordinaria. Ciò ha escluso, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, che le norme convenzionali potessero essere invocate come parametro per i giudizi costituzionali, ammettendo solo che potessero valere come riferimento *ad abundantiam* al fine di orientare circa l'una o l'altra delle possibili interpretazioni di una disposizione formalmente costituzionale.

Solo a partire dal 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 dell'UE - la Corte costituzionale con due pronunce, note come "sentenze gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007), ha ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., la quale impegna lo stato e le regioni al rispetto, nell'esercizio delle loro funzioni legislative, degli obblighi internazionali, 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, in base alla quale la violazione della disposizione convenzionale ad opera della legge si porrebbe indirettamente in contrasto con la previsione dell'art. 117, 1° comma, Cost., fungendo la prima da norma interposta tra la legge e la Costituzione.

La mancata parificazione della Cedu ad una fonte costituzionale comporta, ad avviso della Corte, che qualora la norma convenzionale, così come interpretata dal suo giudice, si

ponga in contrasto con i principi costituzionali, essa può essere espunta dall'ordinamento attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della legge per la parte in cui ha introdotto quella norma nel nostro ordinamento.

Successivamente questa giurisprudenza è stata più volte specificata ed integrata, specialmente con riguardo al margine di apprezzamento che dovrebbe riconoscersi allo stato membro nell'interpretazione della Cedu, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La Corte costituzionale ha sostenuto ad esempio 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. In conseguenza di ciò la Corte costituzionale, mentre ritiene di non poter sindacare l'interpretazione della Cedu seguita dalla Corte europea, riconosce a se medesima la possibilità di valutare come il prodotto di quella interpretazione si inserisca nel nostro ordinamento.

Il margine di apprezzamento da riconoscersi agli stati membri deve determinarsi con riguardo al complesso dei diritti fondamentali e 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.

Per quanto concerne invece l'ordinamento dell'Ue, la pregiudiziale comunitaria, al pari *mutatae mutandis* di quella costituzionale, segna come noto un momento di collaborazione tra i giudici nazionali, pur nella veste di giudici comunitari e la Corte di giustizia, con una teorica ripartizione di competenze che dovrebbe fondarsi sulla distinzione tra l'attività di interpretazione del diritto comunitario, spettante alla Corte e quella di applicazione del diritto comunitario o di quello nazionale, alla luce del primo, spettante invece ai giudici nazionali.

In realtà il sistema è finito per operare in maniera sostanzialmente diversa ed un punto privilegiato per notare la trasformazione ed il reale rapporto che si è venuto a porre tra interpretazione ed applicazione, è dato dall'affermarsi del principio della interpretazione conforme al diritto comunitario.

Il giudice comune pertanto, in caso di dubbio circa il significato da attribuire al diritto dell'Ue, deve chiedere l'intervento della Corte di giustizia, quindi procedere, ove possibile, ad un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto Ue e altrimenti decidere il caso disapplicando il diritto nazionale in contrasto con quello dell'Ue.

Le risposte alle richieste dei giudici nazionali da parte della Corte di Lussemburgo sono spesso assai simili, nella forma e negli effetti, alle sentenze interpretative di rigetto o di accoglimento oppure in altri casi alle additive o alle sostitutive della nostra Corte costituzionale.

Il rinvio pregiudiziale sempre più è venuto trasformandosi da strumento di interpretazione a strumento di produzione del diritto ed appare convincente quando si parla in proposito di forme di "sindacato occulto" sulla legislazione nazionale da parte del Giudice eurounitario.

Un punto a favore del raccordo tra la giurisprudenza nazionale, anche costituzionale e quella della Corte di giustizia è senza dubbio segnato dalla scelta operata dalla Corte costituzionale la quale, al pari di altri Giudici costituzionali, ha finalmente sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, dopo che per molto tempo aveva ritenuto di non poter essere qualificata come "autorità giudiziaria" ai fini dell'obbligo di proporre questioni pregiudiziali.

Mentre nella prima occasione la nostra Corte aveva tenuto a precisare che ciò poteva accadere solamente nell'ambito di un controllo sulle leggi esercitato in via principale (ord.

103/2008), di recente ha nuovamente proposto la pregiudiziale, stavolta nell'ambito di un giudizio attivato in via incidentale (sent. 207/2013).

10. *Il possibile disorientamento di fronte ad una pluralità di modelli: i giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di Strasburgo ed alla Corte di Lussemburgo.*

Nel preparare la tradizionale griglia per il Colloquio che si sarebbe tenuto, purtroppo senza la sua presenza, ad Aix-en-Provence nel 2004 e dedicato al tema del dialogo tra le Corti, Louis Favoreu si chiedeva se l'intervento di nuovi giudizi e di nuovi giudici dovesse essere salutato come la "festa dei diritti" o non piuttosto come la "festa degli avvocati", che vedevano così realizzarsi la possibilità di intraprendere nuovi ricorsi.

Non sempre infatti, per aumentare il livello di tutela e di protezione dei diritti, è sufficiente aumentare le possibilità di ricorso o ampliare le vie di accesso, potendo ciò in certi casi risultare addirittura dannoso proprio per quei diritti che si intendono garantire, causando entro alcuni limiti confusione e possibili contrasti fra giudicati, anche in considerazione della differenza dei modelli realizzati presso le diverse giurisdizioni.

Con riferimento alla tutela dei diritti nei confronti della legge, siamo infatti di fronte a modelli diversi a seconda che prendiamo a base il rapporto tra la legge e la Costituzione nazionale, la legge e la Cedu oppure la legge ed il diritto dell'Ue.

Nel primo caso si tratta di controllo accentrato, attivabile dal giudice nel corso di un giudizio secondo il criterio della pregiudizialità, a condizione che il dubbio di costituzionalità non possa essere risolto attraverso l'utilizzo degli strumenti interpretativi propri del giudice e seguendo la c.d. interpretazione conforme, che deve essere obbligatoriamente sperimentata dal giudice, pena la inammissibilità della questione di costituzionalità. L'interpretazione della Costituzione e della legge impugnata operata dal Giudice costituzionale non è vincolante per il giudice, come ampiamente dimostrato dalle vicende delle sentenze interpretative di rigetto.

Nel secondo caso siamo ancora di fronte ad un controllo di tipo accentrato, ma l'effetto della decisione della Corte Edu è quello della condanna ad un risarcimento ed è quindi privo di effetti diretti nell'ordinamento nazionale, in cui l'atto in questione continua pertanto ad essere valido ed applicabile. Come sostenuto dalla Corte costituzionale, 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 delle 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.

Nel terzo caso il sistema realizzatosi è quello di tipo diffuso, stante la possibilità del giudice nazionale di non applicare direttamente la legge nazionale allorchè ritenga la stessa in contrasto con il diritto dell'Ue e 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 comunitario 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 comunitaria, concludendo pertanto che il giudice, quando è possibile seguire un'interpretazione conforme, non deve procedere alla non applicazione del diritto nazionale, che diviene quindi una *extrema ratio*. Il giudice comune pertanto, in caso di dubbio circa il significato da attribuire al diritto comunitario, deve chiedere l'intervento della Corte di giustizia, quindi procedere, ove possibile, ad un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario e

altrimenti decidere il caso disapplicando il diritto nazionale in contrasto con quello comunitario.

Le sentenze interpretative della Corte di giustizia assumono efficacia vincolante per il giudice e natura quindi di fonte del diritto, come da tempo riconosciuto anche da parte della giurisprudenza costituzionale.

A fronte dei diversi momenti storici e delle differenti condizioni e disegni politici in base ai quali sono stati disciplinati i modelli di protezione dei diritti o di come gli stessi si sono venuti concretamente realizzando, ci potremmo chiedere se non fosse opportuno un ripensamento degli stessi a distanza ormai di molti anni di concreta applicazione.

Alcuni elementi potrebbero essere richiamati a supportare l'esigenza di un simile ripensamento, innanzi tutto il particolare momento in cui il modello di giustizia costituzionale è stato pensato, vale a dire dopo la caduta dei regimi autoritari fascisti e nazisti e come diretta conseguenza della previsione di una costituzione rigida che si opponesse alla violazione dei diritti umani inviolabili (si pensi alle leggi razziali) da parte di leggi, pur se approvate dalla maggioranza parlamentare.

La scelta fu fatta inoltre in un momento in cui certamente non poteva nutrirsi molta fiducia nei riguardi di una magistratura, organizzata gerarchicamente e formata sotto il regime precedente. Una magistratura che avrebbe mostrato grossa difficoltà a distinguere il livello della legalità rispetto a quello, superiore, della costituzionalità, espressione del costituzionalismo. Cosa in Italia apparsa poi di tutta evidenza nella breve esperienza di controllo diffuso di costituzionalità realizzatasi negli anni 1948-1955, prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale.

Si aggiunga che la giustizia costituzionale appariva come un'istituzione del tutto nuova ed ai più sconosciuta e vista quasi come una possibilità legale di opporsi alla legge (anche per questo non ebbe successo l'ipotesi di un ricorso diretto individuale, ma si preferì il filtro del giudice).

Fa quasi sorridere oggi leggere negli atti parlamentari relativi alle leggi che nel 1953 dettero attuazione al dettato costituzionale e consentirono alcuni anni dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale, l'intervento del parlamentare il quale sosteneva che effetto della eventuale dichiarazione di incostituzionalità sarebbe dovute essere lo scioglimento delle camere e le nuove elezioni, essendo impensabile la permanenza in carica di un parlamento che aveva approvato una legge contraria alla Costituzione.

Nel 2012 le dichiarazioni di incostituzionalità sono state novantotto e nel 2013 (!!).

11. L'esigenza di un ripensamento del modello: A) la previsione di un ricorso individuale diretto e le sue differenti "stagioni".

Le innovazioni al sistema di protezione dei diritti vigente in Italia possono essere ovviamente più o meno ampie e riguardare solo integrazioni o trasformazioni più radicali del modello vigente.

A proposito della tutela dei diritti fondamentali, nel primo senso può essere ricordata un'ipotesi che, pur rimanendo sempre minoritaria, è stata avanzata in Italia con molta frequenza e fin dai primi anni di funzionamento della giustizia costituzionale. Mi riferisco al ricorso individuale diretto a tutela di singoli diritti.

Le ragioni addotte a sostegno della introduzione di un ricorso diretto del singolo sono state di volta in volta diverse e appaiono, entro certi limiti, espressione del momento particolare in cui la proposta è stata avanzata.

Così in una prima fase la richiesta venne sostenuta con lo specifico fine di rafforzare e completare un sistema che era di per sé certamente valido ed efficace, come nel caso della proposta di azione popolare avanzata nel 1966 da Aldo Maria Sandulli ed espressa in un articolato approvato al termine di una tavola rotonda organizzata da Giuseppe

Maranini, secondo cui “tutti i cittadini, entro il termine di un anno dall’entrata in vigore di una legge o di un atto avente forza di legge possono proporla direttamente all’impugnazione davanti alla Corte costituzionale”.

In un secondo momento il ricorso diretto fu sostenuto come il rimedio per fare fronte a lacune o zone franche che il sistema nella sua applicazione pratica aveva mostrato.

Successivamente l’attenzione fu puntata nei riguardi di possibili erronee interpretazioni o applicazioni da parte dei giudici, ritenendo non accettabile l’impossibilità di far valere tali violazioni dei diritti in assenza di un giudice disponibile a sollevare la questione di costituzionalità. Ciò anche a seguito dell’obbligo di interpretazione conforme, la quale avrebbe condotto a sostituire una regola rigida con altra flessibile ed adattabile al caso concreto. La sostituzione di una regola generale con un diritto casistico, avrebbe reso allora preferibile che fosse la Corte costituzionale a decidere su singoli casi attraverso un ricorso diretto.

In questi stessi anni la commissione bicamerale D’Alema approvò un progetto di riforma costituzionale, il quale conteneva la previsione di “ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale”.

La previsione appariva assolutamente generica, facendo riferimento a qualsiasi comportamento (anche omissivo) dei pubblici poteri ritenuto lesivo di un diritto fondamentale del cittadino e l’istituto appariva infatti come una scatola vuota, un istituto ancora senza volto, che avrebbe potuto assumere i contenuti o le sembianze più diverse a seconda di ciò che avrebbe stabilito il futuro legislatore.

A partire dagli anni 2000 la necessità di introdurre in Italia un ricorso diretto individuale viene legata allo sviluppo della tutela sovranazionale ed alla esigenza di realizzare un dialogo in particolare tra la nostra Corte costituzionale e le Corti europee.

In tal senso viene specificamente sottolineato il rischio di un possibile conflitto, o difficoltà di dialogo, derivante dalla diversità di accesso alla Corte costituzionale rispetto alla Corte Edu, con la conseguenza che mentre la prima si trova a giudicare su norme, la seconda giudica su casi concreti.

Dalla constatazione dei molti casi di condanna dell’Italia da parte della Corte europea se ne trae la conclusione che la giurisdizione costituzionale, nei termini attuali, evidentemente non funziona o non è un rimedio idoneo. Quindi viene invocato il ricorso diretto come strumento per diminuire le ipotesi di condanna dell’Italia e favorire il dialogo.

Curiosamente in Spagna proprio l’esistenza del ricorso diretto (amparo costituzionale) ed in specie il numero eccessivo degli stessi è stata spesso portata come causa delle difficoltà di dialogo con le Corti europee, la quale è valsa, unitamente ad altre diverse motivazioni, a giustificare una profonda modifica della disciplina dell’amparo realizzata con la legge organica 24 maggio 2007 n. 6.

Alla possibilità che il ricorso alle Corti europee possa servire a coprire alcune delle lacune mostrate dal nostro ordinamento di protezione dei diritti viene opposta la conseguenza che in tal modo la Corte costituzionale risulterebbe di fatto scavalcata o addirittura contraddetta dalla Corte Edu e paventato il rischio che la Corte italiana, per il fatto di dover giudicare su norme anziché su casi al pari delle Corti consorelle, diverrebbe uno degli ultimi giudici “nazionali”, una “Corte regionale”, come tale periferica rispetto agli sviluppi dei processi di internazionalizzazione del diritto costituzionale.

Più recentemente è stato individuato da Valerio Onida un preciso fondamento normativo che giustificerebbe e richiederebbe l’introduzione di un ricorso diretto individuale, indicandolo nell’art. 13 della Cedu, il quale prevede il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice nazionale in caso di supposta violazione dei diritti riconosciuti dalla Carta anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali.

12. Segue: *la “stagione” attuale e le ragioni per riflettere nuovamente sul tema. Il recente caso della legge elettorale e la forzatura, da parte della Corte, del modello e dei suoi caratteri.*

Una ulteriore riflessione circa l'opportunità della introduzione in Italia del ricorso diretto individuale viene suggerita da una serie di elementi, che si aggiungono a quelli appena ricordati circa la copertura delle lacune e del rapporto con la tutela sovranazionale e con l'attività delle corti europee.

Un primo elemento potrebbe essere l'ampio successo ottenuto dall'invito rivolto ai giudici a procedere alla interpretazione conforme, risolvendo quindi da soli i dubbi di costituzionalità, anche a costo di forzare alquanto (spesso su diretta sollecitazione della stessa Corte) il testo della legge e spingendo al massimo il carattere estensivo della interpretazione.

Ciò ha determinato quella che è stata definita la “crisi del giudizio incidentale” con una netta diminuzione delle questioni di costituzionalità sottoposte dai giudici al controllo della Corte. Si pensi che nell'arco di soli dieci anni la percentuale delle decisioni pronunciate nell'ambito di giudizi attivati in via incidentale rispetto al totale delle decisioni della Corte è passata dall'85% registrato nell'anno 2002 al 44% dell'anno 2012, riducendo la stessa quindi quasi alla metà.

La cosa non può non far riflettere se è vero, come abbiamo detto, che nel modello di giustizia costituzionale realizzato in Italia la via incidentale era stata individuata come lo strumento per la tutela dei diritti costituzionali di fronte alla legge.

Recentemente l'opportunità di un ampliamento delle vie di accesso al giudice costituzionale attraverso il ricorso diretto individuale è stata giustificata da Tania Groppi dalla necessità di evitare che, diversamente, certe tensioni vengano a scaricarsi impropriamente su soggetti diversi dal Giudice costituzionale ed in particolare sui giudici comuni e sul Presidente della repubblica.

Un ulteriore elemento che esprime in qualche modo la “voglia di ricorso diretto” si è manifestata particolarmente in relazione a situazioni dove più evidente appare la difficile tutela di diritti fondamentali, come accade in materia elettorale o di fronte alla previsione di posizioni di immunità per certi organi dello Stato o per la mancata osservanza, da parte dei giudici comuni specie se di ultima istanza, dell'obbligo di pregiudiziale comunitaria.

Una simile esigenza pare essere, specie negli ultimi anni, dimostrata anche dall'uso improprio fatto dello strumento del conflitto di attribuzione tra poteri dello stato, utilizzato da soggetti privati o da associazioni con l'evidente scopo di impugnare atti legislativi o giurisdizionali ritenuti lesivi dei propri diritti (ad esempio Corte cost., ord. 69 e 296/2006, 99/2008, 189/2008, 284/2008, 367/2008, 434/2008, 85/2009).

Ciò è avvenuto con riguardo alla materia elettorale e specificamente alla disciplina del voto dei cittadini all'estero, del voto di preferenza nelle elezioni politiche, dei criteri di assegnazione del premio di maggioranza, dei rimedi giurisdizionali riguardo alla fase prodromica delle elezioni politiche, della soglia di sbarramento per le elezioni del parlamento europeo, del diritto costituzionale di petizione.

In tutti questi casi, richiamandosi al dettato normativo ed alla propria giurisprudenza consolidata, la Corte costituzionale ha agevolmente dichiarato inammissibili i ricorsi in quanto privi dei requisiti soggettivi (ed in alcuni casi pure oggettivi) del conflitto tra poteri dello Stato, non potendosi i ricorrenti essere qualificati come “potere dello Stato”.

In questi giorni si è verificato invece un caso per alcuni versi rapportabile alla “voglia di ricorso diretto”, ma realizzato in maniera e con forme assai diverse, ossia utilizzando il giudizio in via incidentale e forzando all'evidenza i limiti, finora ritenuti rigidi, per la sua instaurazione.

La vicenda, pur se nei suoi elementi essenziali, vale la pena di essere ricordata.

La legge elettorale per la camera dei deputati ed il senato della repubblica, approvata nel 2005 dalla maggioranza di centrodestra con l'opposizione delle forze politiche del centrosinistra, per differenti aspetti era quasi unanimemente ritenuta contraria ai principi costituzionali e definita una "porcata" anche da colui che l'aveva proposta e per questo denominata "porcellum".

La dottrina aveva studiato le possibilità che il sistema offriva per investire della questione la Corte e da Pizzorusso era stata avanzata l'ipotesi, non accolta, che la Corte costituzionale sollevasse davanti a sé la questione di costituzionalità di tale legge in occasione del giudizio di ammissibilità delle richieste di abrogazione referendaria della stessa.

Per due volte, in occasione del controllo sulla ammissibilità di richieste di referendum abrogativo, la Corte costituzionale aveva però segnalato al parlamento gli aspetti problematici, specie con riguardo ai criteri di attribuzione del premio di maggioranza, della legge, invitandolo ad intervenire (Corte cost. 15, 15/2008 e 13/2012) e lo stesso aveva fatto il presidente della Corte nella sua relazione annuale sull'attività della Corte costituzionale nel 2013 nella riunione del 12 aprile 2013.

Nell'ambito di un giudizio in cui un cittadino, che aveva partecipato alle elezioni politiche del 2006 e del 2008, denunciava di essere stato leso nel suo diritto di voto a causa della applicazione di una legge elettorale incostituzionale, la Corte di cassazione ha sollevato questione di costituzionalità della legge, nonostante che molti dubbi potessero nutrirsi circa la sussistenza dei requisiti di rilevanza e soprattutto di pregiudizialità, essendo la denuncia di incostituzionalità l'unico motivo del ricorso.

La cassazione ha rilevato in sostanza come il ricorrente facesse valere la lesione di un diritto fondamentale, quale il diritto di voto e come la valutazione della sussistenza o meno della stessa dipendesse dall'accertamento della costituzionalità della legge elettorale che avrebbe prodotto quella lesione. Non ammettere la possibilità di tutelare un diritto fondamentale si sarebbe posto in contrasto con il principio delle effettività e tempestività della tutela giurisdizionale.

La cassazione ha osservato altresì come certamente la condizione della rilevanza non può tradursi in un ostacolo che precluda l'accesso alla Corte costituzionale qualora si debba rimuovere un'effettiva e concreta lesione di valori costituzionali primari, concludendo che "una interpretazione in senso opposto indurrebbe a dubitare della compatibilità del medesimo art. 23 l. 87/53 con l'art. 134 Cost."

La ricostruzione della cassazione sopra sommariamente riassunta è stata vista (Romboli) come una realizzazione, per via giurisprudenziale, di una specie di ricorso diretto, quando il cittadino lamenti la lesione di un suo diritto fondamentale ad opera di una legge dello stato.

La Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile la questione sollevata dalla cassazione (accogliendola poi nel merito) ed è da sottolineare quella parte di motivazione con la quale la Corte apre ad un possibile accesso al giudizio costituzionale che non trova fondamento nella precedente giurisprudenza e con ogni probabilità neppure nel dettato normativo e nei caratteri finora affermati del giudizio in via incidentale.

L'ammissibilità della questione di costituzionalità, proposta in via incidentale, viene infatti desunta "dalla peculiarità e dal rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento (...) che impone di assicurare la tutela del diritto inviolabile di voto, pregiudicato (...) da una normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali, *independentemente da atti applicativi della stessa*, in quanto già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante. L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende quindi imprescindibile affermare il sindacato di questa corte" (corsivo aggiunto).

Appare di tutta evidenza come il consolidarsi di questa giurisprudenza produrrebbe un notevole ampliamento dell'accesso alla giustizia costituzionale, tema che viene a svolgere una rilevante influenza sul modello di giustizia costituzionale, la cui modificazione non pare rientrare nei poteri della Corte costituzionale, neppure in nome della necessità di superare le "zone franche" della giustizia costituzionale.

Nella sentenza in esame la legge elettorale impugnata viene esaminata secondo criteri e motivazioni che appaiono più propri di un giudizio in via astratta che non concreto, quale è quello attivato in via incidentale, nella misura in cui esso trova una indefettibile condizione nella rilevanza della eccezione di costituzionalità.

I ricorrenti infatti lamentavano la supposta violazione del loro fondamentale diritto di voto ad opera di una legge elettorale, tra l'altro, in ragione della presenza di un premio di maggioranza astrattamente riconosciuto senza la previsione del necessario raggiungimento di una soglia minima di voti e della mancanza di un voto di preferenza. Il ricorso faceva riferimento alle elezioni politiche del 2006 e del 2008, durante le quali essi avrebbero esercitato il diritto di voto secondo modalità previste dalla legge impugnata e contrarie ai principi costituzionali.

La Corte non fa alcun riferimento al caso denunciato nel giudizio *a quo*, nel quale il premio di maggioranza era stato assegnato in un caso (2006) ad una coalizione che aveva raggiunto il 49,81% dei voti e nell'altro (2008) ad una coalizione che era giunta al 46,81% dei voti. Il Giudice costituzionale, nell'esaminare in astratto la costituzionalità della legge, pare avere invece avuto maggiormente presente la situazione delle elezioni politiche del 2013, dove il premio di maggioranza è andato ad una coalizione che ha raggiunto il 29,55% dei voti.

13. *Segue: un ricorso individuale diretto per coprire le c.d. zone franche oppure per sanzionare una violazione dei diritti ad opera dell'autorità giudiziaria. Rilievi critici.*

Una prima conclusione che credo possa trarsi relativamente alla opportunità di introdurre in Italia un ricorso individuale diretto è quella per cui la via da seguire non può essere quella giurisprudenziale, ad opera cioè del raccordo tra giudice comune e Corte costituzionale, bensì quella legislativa di modifica delle leggi costituzionali ed ordinarie che fissano le vie di accesso alla giustizia costituzionale.

La Corte costituzionale gode di notevoli margini di scelta, certamente superiori rispetto a quelli di un normale giudice, ma il metodo giurisdizionale attraverso il quale essa opera rappresenta la base fondamentale della sua legittimazione e della sua differenziazione dagli organi politici, che fondano la propria legittimazione sul voto popolare.

Per questo, come sostiene Pizzorusso, appare di estrema importanza il rispetto da parte della Corte delle regole processuali, anche nella convinzione che una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità del Giudice costituzionale costituisca il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni, nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità.

Come è stato osservato da Ugo De Siervo, l'attività della Corte costituzionale per rispondere al proprio ruolo di garante della Costituzione nei confronti degli organi politici, non può che essere quello di un organo di giustizia, seppure a livello costituzionale, con poteri delimitati e non deve ambire a far evolvere il paese verso principi e valori sostanzialmente nuovi, non possedendo per questo né le capacità professionali, né la forza politica, indispensabili per esercitare vere e proprie funzioni di indirizzo politico. Le finalità sottese alla sua istituzione possono in effetti essere perseguite soprattutto attraverso un sapiente uso delle tecniche processuali e decisorie, mentre il forzare i confini

delle proprie competenze esporrebbe la corte a confronti politici dai quali non potrebbe che uscire sconfitta.

Per quanto concerne invece il merito, ritengo debba distinguersi a seconda che il ricorso diretto venga pensato allo scopo di coprire le zone franche che si sono manifestate nella esperienza di giustizia costituzionale oppure per sanzionare la violazione di diritti quando essa sia contenuta in una sentenza di un giudice, specie se di ultimo grado.

Nel primo caso in particolare la esperienza spagnola, che non posso che dare per nota in questa sede, dovrebbe ammonire circa il rapporto costi-benefici conseguenti alla introduzione di un ricorso diretto del tipo dell'amparo costituzionale, per cui continuo ad essere convinto di quanto avevo avuto modo di sostenere diversi anni orsono, nella convinzione che il sistema aveva dato in sostanza una buona prova di sé, per cui appariva preferibile operare al fine di migliorarlo, muovendosi nella stessa lunghezza d'onda, anziché pensare ad interventi tali da produrre la sua destrutturazione.

In quella occasione avevo proposto un procedimento speciale, sul tipo dell'*amparo* giudiziario spagnolo, per la tutela dei diritti costituzionali, vale a dire un procedimento più rapido ed agile con cui far valere la violazione degli stessi davanti al giudice comune, al quale potrebbe essere riconosciuto il potere di concedere una tutela cautelare immediata, ad evitare il verificarsi di danni irreparabili.

Nell'ambito dell'apposito giudizio il giudice, ricorrendone i presupposti, avrebbe la possibilità di investire la Corte costituzionale della questione di costituzionalità della legge o dell'atto avente forza di legge ritenuto in possibile contrasto con il diritto costituzionale invocato e potremmo anche pensare alla ulteriore possibilità, per colui che non ha trovato nei vari gradi del giudizio un giudice disposto a sollevare la questione, di ricorrere direttamente alla Corte costituzionale oppure, preferibilmente, potrebbe essere previsto un obbligo, per il giudice di ultima istanza, di rimettere la questione di costituzionalità propositagli alla Corte costituzionale, riconoscendo allo stesso solamente il filtro della rilevanza, ma non anche quello della non manifesta infondatezza.

Si tratterebbe in questi casi evidentemente di un ricorso avente ad oggetto non la sentenza del giudice o la denuncia di una violazione da parte di questi del diritto fondamentale (il che trasformerebbe la Corte in un giudice di grado ulteriore), ma sempre il contrasto tra una legge o atto avente forza di legge e la Costituzione.

Attraverso la rimessione della questione di costituzionalità alla Corte, questa verrebbe quindi posta in condizione di proseguire sulla linea intrapresa negli ultimi anni di valorizzazione dell'apporto del giudice e quindi dell'opera di collaborazione con lo stesso, rafforzando il ruolo della Corte costituzionale come quello di un soggetto che fissa i principi generali e quindi decide la "politica" dei diritti fondamentali e dei loro limiti, lasciando poi ai giudici comuni l'applicazione concreta di quei principi.

Riguardo ad un ricorso diretto alla Corte costituzionale avente ad oggetto specificamente le sentenze dei giudici per supposta violazione dei diritti fondamentali, appare evidente, anche sulla base delle esperienze di altri paesi, la quasi certa trasformazione del ricorso in un ulteriore grado di giudizio (con possibile prosecuzione davanti alla Corte Edu, per realizzare quella che Favoreu chiamava la "festa degli avvocati").

Al proposito potremmo chiederci, in una prospettiva futura, se davvero possa ritenersi una migliore garanzia e protezione dei diritti fondamentali la previsione di un ricorso diretto al Giudice costituzionale rispetto ad un ricorso interno all'apparato giudiziario, il quale certamente può ritenersi esposto ai rischi di frammentazione e disomogeneità della tutela dovuti al carattere "diffuso" del potere giudiziario, ma al tempo stesso appare meno controllabile da parte del potere politico. Più facile in altri termini, anche attraverso una modifica formale oppure solo sostanziale delle modalità di scelta dei giudici costituzionali, "politicizzare" in una determinata direzione l'attività della Corte costituzionale, che non fare

altrettanto nei riguardi di una magistratura, proprio in quanto espressione di un “potere diffuso”.

La protezione dei diritti trova il suo elemento centrale nei giudici comuni, vero perno di garanzia delle situazioni soggettive e dei diritti costituzionali nel nostro paese, per cui un miglioramento dello stesso non può non comportare, prima di ogni altra cosa, il rafforzamento dell'autonomia, della indipendenza e quindi della imparzialità del giudice e l'impegno a garantire una maggiore efficienza della macchina giudiziaria.

14. B) Una proposta provocatoria: la trasformazione del nostro modello “misto” in un modello “duale”, con previsione di un modello diffuso accanto a quello accentrato. La riconduzione ad unità di modello dei giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di Strasburgo ed alla Corte di Lussemburgo: l'alternativa fra disapplicazione e proponimento della questione di costituzionalità.

Il molto tempo trascorso dal momento in cui alcune decisive scelte in materia di modelli di protezione dei diritti furono prese, il cambiare delle condizioni a quel momento presenti e quindi inevitabilmente poste alla base di quelle scelte, unitamente alla ormai lunga esperienza pratica maturata dal modello ed agli inevitabili aggiustamenti subiti sulla base della giurisprudenza dei Giudici costituzionali e del raccordo di questi con i giudici comuni, sono tutti elementi che potrebbero ragionevolmente indurre ad un ripensamento del modello allora scelto.

A quanto sopra si aggiunga la realizzazione, in forme e modi indipendenti dalle scelte di cui sopra e quindi anche in possibile contrasto o contraddizione con le stesse, di altre forme di protezione a livello sovranazionale, secondo criteri e procedure che spesso hanno determinato negli operatori giuridici e specialmente nei giudici un senso di disorientamento, se non proprio di confusione, che ha portato, anche in maniera del tutto involontaria, gli stessi a comportamenti ispirati ad un modello, quando invece stavano operando nell'ambito di un diverso modello (o livello di tutela).

Una ragione in più quindi per ripensare il modello anche, nei limiti del possibile, allo scopo di rendere più omogeneo il comportamento richiesto al giudice di fronte ai differenti livelli di protezione.

In un significato provocatorio, specie perché l'ipotesi dovrebbe certamente essere meglio approfondita e meditata nelle sue specifiche conseguenze, vorrei per concludere avanzare l'ipotesi di una trasformazione, per la tutela dei diritti, del nostro modello di giustizia costituzionale da “misto”, quale è attualmente, a “duale”, caratterizzato dalla convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato, diversamente tra loro coordinati.

E' l'esperienza presente, in forme diverse, in Portogallo, in Brasile ed in Perù, dove ad un modello originariamente diffuso è stato successivamente “aggiunto” quello accentrato, senza con ciò però eliminare il primo.

Nel nostro caso l'esperienza dovrebbe all'evidenza seguire il percorso inverso, vale a dire “aggiungere” il modello diffuso a quello accentrato adesso esistente.

Con riguardo all'Italia a ben vedere potremmo ritenere che, nell'ambito della famiglia dei sistemi “misti”, il nostro è quello dall'origine più vicino al sistema diffuso, in quanto, limitando in sostanza l'accesso alla via incidentale, ha riconosciuto una posizione di assoluta centralità e di decisiva importanza all'autorità giudiziaria.

Allorché alla fine degli anni Novanta del secolo scorso è stata richiesta, come necessaria, la già ricordata interpretazione conforme, la valorizzazione del giudice è divenuta ancora maggiore, attraverso la sollecitazione allo stesso a risolvere direttamente, quando possibile, i dubbi di costituzionalità. Ciò per molti ha realizzato un sicuro avvicinamento ad modello diffuso e proprio per questo autorevoli costituzionalisti (G.U. Rescigno) hanno parlato di una trasformazione del nostro modello di giustizia costituzionale.

Introdurre, accanto al modello accentrato, un modello diffuso significherebbe quindi procedere per quella stessa strada, facendo in pratica un passo ulteriore nella stessa direzione.

In questo caso si porrebbe la necessità di prevedere forme di raccordo tra l'ipotesi in cui il giudice decida di proporre una questione di costituzionalità in via incidentale e quella in cui invece decida di disapplicare la legge in quanto ritenuta incostituzionale.

In questo potremmo pensare di rifarci al sistema vigente con riguardo alla pregiudiziale davanti alla Corte di Lussemburgo, vale a dire distinguendo tra giudici di ultimo grado e tutti gli altri.

Ai giudici potrebbe essere riconosciuta la facoltà di scegliere se sollevare questione o disapplicare, ovviamente in questa seconda ipotesi con efficacia solo *inter partes* e per il processo in corso. Ciò potrebbe derivare, a giudizio del giudice, dalla novità o meno della eccezione, dall'esistenza di precedenti specifici della Corte costituzionale, dalla natura manifesta della violazione o da altro ancora.

I giudici di ultima istanza potrebbero ugualmente, se ritenuto necessario, procedere alla disapplicazione nel caso concreto, ma con l'obbligo di rimettere altresì la questione alla Corte costituzionale, con eliminazione quindi del requisito della rilevanza e sulla base della sola non manifesta infondatezza. Questo consentirebbe pertanto alla Corte di intervenire per pronunciarsi sulla questione, potendo procedere alla dichiarazione di incostituzionalità oppure comunque di fornire utili indicazioni ai fini dell'interpretazione ed applicazione della norma impugnata.

Il descritto modello "duale" dovrebbe ovviamente valere pure per l'ipotesi di supposto contrasto di una legge o atto avente forza di legge nazionale con disposizioni della Cedu, quale norma interposta rispetto all'art. 117, 1° comma, Cost.

Anche in questo caso pertanto varrebbe l'alternativa tra disapplicazione e questione di costituzionalità, negli stessi termini sopra descritti, la quale verrebbe quindi a superare le attuali differenze rispetto ad una supposta violazione del diritto dell'Ue, per le quali soltanto è adesso possibile la disapplicazione, venendo così a disinnescare la "bomba" cui fa riferimento Elisabetta Lamarque nella sua relazione a questo Seminario ed a superare anche molti dei timori sollevati in ordine agli effetti derivanti dalla prevista adesione dell'UE alla Cedu.

Anche per l'ipotesi di supposto contrasto di una legge nazionale con il diritto dell'Ue dovrebbe valere la stessa alternativa e negli stessi termini: disapplicazione o questione di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117, 1° comma, Cost.

Nel caso in cui sussistano dubbi relativamente alla corretta interpretazione del diritto dell'UE e che questo si ponga pertanto come pregiudiziale alla valutazione circa la sussistenza dell'eventuale contrasto tra le due fonti, il giudice può chiedere l'intervento della Corte di Lussemburgo ponendo ad essa il relativo quesito, all'esito del quale procedere di conseguenza, se del caso, come sopra (disapplicazione o questione di costituzionalità). La scelta in quest'ultimo senso potrà anche tenere conto del fatto che la Corte costituzionale, di recente, si è ormai dichiarata legittimata a proporre la pregiudiziale davanti alla Corte di Lussemburgo pure nell'ambito di giudizi proposti attraverso la via incidentale.

Per quanto concerne i giudici di ultimo grado, nel caso in cui non nutrano dubbi circa il contrasto della legge nazionale con il diritto dell'UE potranno, se credono, procedere alla disapplicazione nel caso specifico, ma dovranno comunque anche proporre la questione di costituzionalità, sulla base di quanto già detto.

Qualora invece tali giudici abbiano dubbi in ordine alla corretta interpretazione del diritto dell'UE, questi, come noto, avranno l'obbligo (e non solo la facoltà) di chiedere l'intervento della Corte di giustizia. Successivamente, sulla base ed in applicazione della interpretazione da questa fornita, i giudici di ultimo grado possono, di nuovo,

eventualmente disapplicare la legge nazionale, ma sono obbligati a sollevare la questione di costituzionalità.

Il modello così assai sommariamente indicato - e ripeto in forma chiaramente di provocazione e di stimolo al dibattito – avrebbe forse il pregio di determinare per gli operatori ed *in primis* per i giudici una situazione di maggiore chiarezza ed omogeneità.

A fronte di un supposto contrasto tra legge o atto avente forza di legge nazionale rispetto alla Costituzione, alla Cedu o al diritto dell'UE, la posizione del giudice sarebbe comunque sempre la stessa, ponendo cioè l'alternativa tra la disapplicazione e la proposizione della questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale.

Quest'ultima verrebbe in tal modo ad assumere un ruolo fondamentale di raccordo a livello interno circa la interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della stessa e soprattutto di interlocutore attivo e privilegiato nei riguardi delle Corti europee, rispetto alle quali potrebbe con maggiore efficacia far valere le esigenze e le posizioni emergenti a livello nazionale, quanto a tradizioni costituzionali ed al margine di apprezzamento statale.

Al proposito potrebbe anche essere prevista, a tutela del ruolo e della funzione unificatrice del Giudice costituzionale, una disposizione quale quella dell'art. 5 della legge organica sul potere giudiziario spagnola, secondo cui le interpretazioni fornite dalla Corte costituzionale, per quanto concerne la Costituzione e l'interpretazione delle leggi alla luce della stessa, debbono ritenersi giuridicamente vincolanti.

Questo servirebbe a porre la portata interpretativa delle sentenze della Corte, quanto ad efficacia, sullo stesso piano delle sentenze interpretative della Corte di giustizia – in teoria limitate al diritto dell'Ue, ma di fatto estese come noto alla interpretazione del diritto nazionale in conformità al primo – e della Corte europea dei diritti dell'uomo, quanto alla interpretazione delle disposizioni della Cedu, come affermato dalla nostra Corte costituzionale.