



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE “TULLIO ASCARELLI”
SEZIONE *SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI*
AREA *DIRITTO COSTITUZIONALE*

XXVIII ciclo (2013-2015)

Tesi di dottorato

Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità
nel controllo sulle leggi

Candidato: Andrea Turturro

Tutor: Prof. Paolo Carnevale

Coordinatore: Prof. Mario Trapani

Anno accademico 2014-2015

Ai miei genitori

«La nostra Corte [...] non deve dare l'impressione,
né i costituzionalisti devono dare l'impressione,
di fare, di voler fare, di consentire che si faccia
del diritto costituzionale libero»

L. PALADIN¹

¹ L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 165.

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

OGGETTO DELLA RICERCA, PRECISAZIONI METODOLOGICHE E PIANO DEL LAVORO.....	11
---	----

CAPITOLO I

PRESUMPTION OF CONSTITUTIONALITY E STRICT SCRUTINY NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI.....	23
1.1. Considerazioni introduttive	24
1.2. La Corte Suprema: struttura e funzioni (cenni).....	31
1.3 Marbury v. Madison	39
1.4 Le caratteristiche del sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti	46
2. La presunzione di costituzionalità (presumption of constitutionality)	49
3. Lo strict scrutiny nella giurisprudenza della Corte Suprema federale	58
3.1. Una definizione minima	58
3.2. La storia dello strict scrutiny: le origini	62
3.3 Da Warren a Burger: la definitiva affermazione dello strict scrutiny e la successiva introduzione di un livello intermedio di sindacato	66
3.4 La successiva giurisprudenza federale: brevi cenni	69
4. Lo strict scrutiny: un'analisi strutturale	70
4.1. I presupposti	70
4.1.1. <i>Le classificazioni sospette</i>	71
4.1.2. <i>I diritti fondamentali</i>	77
4.2. I test di giudizio	80
4.2.1. <i>L'impellente interesse pubblico</i>	80
4.2.2. <i>La stretta proporzionalità</i>	82
5. Strict scrutiny: natura e funzioni	83
6. Considerazioni conclusive: uno strumento ancora attuale	85

CAPITOLO II

LO SCRUTINIO STRETTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: LO STATO DELLE COSE.....	91
1. Uno sguardo d'insieme allo scrutinio stretto nella giurisprudenza costituzionale	91
2. Le leggi-provvedimento: strict (only) in theory	94
2.1. Una definizione minima	94
2.2. La giurisprudenza costituzionale.....	98
3. Le leggi di sanatoria di atti amministrativi	103
3.1. Minimi cenni definatori	103

3.2 La giurisprudenza costituzionale sulle leggi di sanatoria	105
4. Le leggi retroattive (non di sanatoria) e le leggi di interpretazione autentica	109
4.1. Cenni definitivi	109
4.2 La giurisprudenza costituzionale	111
5. Le leggi di «avocazione in sussidiarietà»	118
5.1. Sussidiarietà e “nuovo” Titolo V	118
5.2. La giurisprudenza costituzionale	120
6. Le leggi che incidono su diritti inviolabili	124
6.1. L’inviolabilità dei diritti	124
6.2. La giurisprudenza costituzionale	127
7. Le leggi che discriminano sulla base dei fattori di cui all’art. 3, primo comma, Cost.	130
7.1. Il nucleo forte del principio di eguaglianza	130
7.2. La giurisprudenza costituzionale	135
8. Le leggi che derogano al criterio territoriale di competenza del giudice amministrativo	137
8.1 La competenza funzionale inderogabile	137
8.2. La giurisprudenza costituzionale	139

CAPITOLO III

LO SCRUTINIO STRETTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE

COSTITUZIONALE ITALIANA: SPUNTI RICOSTRUTTIVI.....	147
1. Una pluralità di livelli di riflessione.....	147
2. Primo livello: la teorica possibilità di uno scrutinio stretto.....	148
3. Secondo livello: una proposta ricostruttiva alla luce della giurisprudenza costituzionale.....	160
3.1 Uno sguardo d’insieme ai presupposti e alla struttura dello scrutinio stretto	160
3.1.2. <i>Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità.....</i>	<i>166</i>
3.2.1. <i>Un excursus (auspichiamo) chiarificatore in tema di presunzione di illegittimità.....</i>	<i>167</i>
3.2.1.1 Le sanzioni penali fisse	168
3.2.1.2. Il vincolo referendario	170
3.2.2.3 La deroga alla retroattività della lex mitior	172
3.2.2.4 La violazione del giudicato costituzionale	174
3.2.3. <i>Il fondamento del «sospetto di incostituzionalità»</i>	<i>177</i>
4. Terzo livello: considerazioni critiche e spunti per una futura strutturazione.....	180
4.1. Cosa non convince nella giurisprudenza costituzionale	180
4.2 Pars construens.....	182
5. Minime conclusioni in tema di scrutinio stretto e presunzione di illegittimità	185

CAPITOLO IV

LA PRESUNZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE NELLA FORMAZIONE E NEL CONTROLLO DELLE LEGGI	187
1. Cenni introduttivi	187
2. Presunzione di illegittimità e legislatore	190
2.1. Il coinvolgimento della Commissione affari costituzionali	190
2.1.1. <i>La Commissione affari costituzionali nel Regolamento della Camera dei deputati.....</i>	190
2.1.2. <i>La Commissione affari costituzionali nel Regolamento del Senato della Repubblica</i>	194
2.1.3. <i>Il possibile intervento della Commissione affari costituzionali sulla base del quadro normativo vigente o in una prospettiva di riforma</i>	196
2.2. La motivazione della legge	197
3. Presunzione di illegittimità e Presidente della Repubblica.....	205
4. Presunzione di illegittimità e giudici comuni	207
5. Presunzione di illegittimità e Corte costituzionale	213
5.1. La presunzione di illegittimità e la motivazione delle sentenze.....	213
5.2. La presunzione di illegittimità al momento della decisione.....	218
BIBLIOGRAFIA	223

INTRODUZIONE

OGGETTO DELLA RICERCA, PRECISAZIONI METODOLOGICHE E PIANO DEL LAVORO

Oggetto della mia ricerca sono, *in primis*, le categorie di leggi¹ rispetto alle quali la Corte costituzionale svolge, o afferma di svolgere, *un sindacato di legittimità maggiormente penetrante* rispetto a quanto avviene nella generalità dei casi²; *in secundis*, che cosa sia esattamente tale più rigoroso scrutinio.

Partendo dall'idea, già suggerita in dottrina, che vi siano dei casi in cui *la particolarità dell'oggetto del controllo costituzionale solleciti particolari modalità di giudizio*³, cercheremo di approfondire questa duplice peculiarità: 1) quella dell'oggetto e 2) quella del giudizio.

¹ Sembra opportuno inserire in apertura – una volta per tutte – la precisazione che il termine “legge” verrà sovente utilizzato come *sineddoche* (il *tutto* per la *parte*), ossia non nel senso di atto ma, il più delle volte, come *singola disposizione (o norma)*: disposizione-provvedimento, disposizione di interpretazione autentica, disposizione di sanatoria, disposizione che incide su un diritto inviolabile etc. (si tratta di una puntualizzazione che richiama quella svolta da G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012, 1073, nota 1, con riguardo ad un caso di interpretazione autentica che l'A. si trovava a commentare).

² Peraltro, lo stesso riferimento alla «generalità dei casi» potrebbe apparire impreciso, essendovi tipologie di leggi per le quali lo scrutinio si attegga in modo persino meno penetrante rispetto all'ordinario, sino al punto di divenire assolutamente deferente, come ad esempio, seppur per ragioni diverse, per il controllo su leggi in materia tributaria (v., ad esempio, sent. n. 119/1999) o penale (v. sentt. nn. 81/2014 e 223/2015); sul tema v., tra gli altri, G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 97; A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA. VV., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo III – *Jurisdicción y Control Constitucional*, 135 s., consultabile su <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2557/11.pdf>; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 907, il quale cita, condivisibilmente, anche il sindacato sulla sussistenza dei requisiti di necessità e di urgenza quali presupposti per l'adozione dei decreti-legge. Effettivamente la Corte costituzionale, superando un diverso orientamento, ha affermato di poter sindacare la «evidente mancanza» di tali requisiti (a partire dalla sent. n. 29/1995, n. 2 del *Considerato in diritto*), arrivando poi a riscontrare tale vizio solo con la sentenza n. 171/2007 [sulla quale v. almeno P. CARNEVALE, *Il vizio di «evidente mancanza» dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007, 2677 ss.; A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 giugno 2007].

³ Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *Presentazione del seminario*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 4 s.: «È inoltre da verificare in che modo taluni «tipi» di oggetto possano interagire sulle modalità di giudizio: questione che si fa particolarmente complessa in relazione a quelle leggi (o atti ad esse equiparati) che, per ragioni varie (di natura o di tempo o, più in genere, di contesto), possono

Per quanto concerne il punto *sub 1*), in particolare, si tenterà di verificare quale comun denominatore (ove vi sia) leghi tra loro le varie *leggi* che si potrebbero definire *costituzionalmente sospette*, ossia quelle leggi rispetto alle quali appare opportuno o, addirittura, necessario un controllo più esigente di legittimità.

Per quanto riguarda, invece, il punto *sub 2*) lo scopo del lavoro è quello di appurare se lo stato attuale della giurisprudenza costituzionale consente di addivenire ad una definizione del profilo strutturale e funzionale del c.d. *scrutinio stretto* di costituzionalità. Tra gli aspetti che, in particolare, saranno oggetto dell'indagine, vi sarà il legame tra tale tecnica di controllo e la problematica nozione di *presunzione di illegittimità costituzionale*.

Chi scrive, infatti, non ritiene aderente ai dati giurisprudenziali l'idea, diffusa in dottrina – sulla scorta di suggestioni provenienti dall'esperienza statunitense – di collegare inscindibilmente scrutinio stretto e presunzione di illegittimità costituzionale⁴. Sembrerebbe, infatti – anticipando considerazioni che saranno argomentate nel corso di questo lavoro – che vi siano diversi casi di «scrutinio stretto» senza che si muova da una presunzione di illegittimità e casi di presunzione di illegittimità senza «invocazione» dello scrutinio stretto; ciò, invece, di norma non accade nello *strict scrutiny* effettuato dalla Corte Suprema

considerarsi soggette ad uno scrutinio stretto di costituzionalità, persino tale da portare al ribaltamento della presunzione di validità giudicata idonea ad assistere le leggi (ma: gli atti giuridici in genere). La qual cosa può, a mia opinione, esser predicata con riguardo a leggi eccezionali e di emergenza e, forse pure, a leggi che in genere si discostino dallo *standard* per esse stabilito dalla Carta e che ne identifica lo statuto teorico (ad es., le leggi personali, ove si consideri l'attributo della generalità quale carattere *naturale*, ancorché non *necessario*, degli atti produttivi di norme)».

⁴ V., ad. es., G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 95, il quale, riferendosi al controllo sulle leggi retroattive, afferma: «è certo che per esse vige una sorta di presunzione di irragionevolezza, che impone un vaglio di costituzionalità particolarmente esigente»; in senso analogo, in relazione alle leggi-provvedimento, anche F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 58: «La Corte [...] quando impugnata è una disposizione contenuta in una legge di questa natura, si riserva espressamente uno «stretto scrutinio di costituzionalità», come se movesse da un sospetto di incostituzionalità, se non addirittura da una presunzione di incostituzionalità, per il solo fatto che tali norme si allontanano dal modello teorico della legge generale e astratta». V. anche A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza*, cit., 135 s.

statunitense (e dai giudici federali inferiori)⁵, alla cui giurisprudenza – in quanto paradigmatica – occorrerà più avanti prestare attenzione⁶.

Con riferimento al nostro ordinamento, sembra opportuno rammentare le intuizioni di illustri Autori, i quali hanno ipotizzato che alcune leggi – a differenza di quanto accade nella generalità dei casi – si trovino “marchiate” da una sorta di presunzione di incostituzionalità: presunzione di regola (anche se, forse, non sempre)⁷ relativa o *iuris tantum*, dunque superabile con adeguata argomentazione. In particolare, tale presunzione sfavorevole è stata individuata a carico di quelle leggi che discriminano sulla base di uno dei sei (o sette)⁸ requisiti soggettivi previsti dall’art. 3, primo comma, della Costituzione: sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali⁹.

⁵ Nonostante vi siano dei casi in cui sembra che la presunzione favorevole alle valutazioni del legislatore si riduca ma non si rovesci: v. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 8, che cita la celebre *Footnote 4*, su cui si tornerà successivamente.

⁶ Non ci si occuperà, invece, degli standard di controllo utilizzati dal *Bundesverfassungsgericht*, nell’ambito del sindacato prognosi e sui presupposti in fatto delle scelte del legislatore, perché essi non sembrano esercitare, da questo punto di vista, una evidente influenza sulla Corte costituzionale italiana (a differenza di quanto avviene, forse, per lo specifico controllo di proporzionalità). Sul tema, v. A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, 158 s.; ID., *Ragionevolezza delle leggi* [1994], cit., 13; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 234 ss. Sul controllo di proporzionalità svolto dal Tribunale costituzionale federale tedesco, v. J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., vol. XII, Torino, 1997, 345.

⁷ Si intende far riferimento alle discriminazioni fondate sulla razza, che si ritengono gravate da una presunzione di illegittimità assoluta: cfr. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 2005, 4; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 106. Per quanto riguarda tale divieto, già C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 48, notava che, a differenza degli altri espressi dal primo comma dell’art. 3, esso non risulta mitigato da alcuna altra regola costituzionale.

⁸ È, infatti, controverso se le «condizioni personali e sociali» vadano intese come un unico fattore ovvero come due distinti [nel primo senso, se si è ben inteso, A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2006, Vol. I, 396 ss., la quale cita la diversa opinione del Mortati; nel secondo senso, ad esempio, C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia*, cit., 51 ss.; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 82].

⁹ E. CHELI, *Principio generale di eguaglianza e gradazione degli interessi nell’ambito familiare*, in *Giur. cost.*, 1966, 811; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., 84; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 4 ss.; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 907 s.; F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011, 38; F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all’uguaglianza. Studio di una casistica: i minori e i nuovi media*, in *RivistaAic.it*, Osservatorio costituzionale, marzo 2014, 2. Si dubita, peraltro, che le «condizioni personali e sociali» vadano ricomprese nel c.d. nucleo forte del principio di eguaglianza e che siano idonee a produrre una presunzione di illegittimità costituzionale a carico di quelle leggi che le assumano come fattore di differenziazione: così A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 75.

La dottrina, come è noto, conosce ampiamente l'opposta nozione di «presunzione di legittimità», la quale però viene generalmente (anche se non esclusivamente)¹⁰ utilizzata – almeno nella letteratura del nostro Paese¹¹ – in accezioni diverse (ma non necessariamente del tutto scollegate) rispetto a quella di cui qui ci si intende occupare. Tale presunzione viene invocata, infatti, solitamente: a) a fini interpretativi; b) in relazione al tema dell'efficacia della legge (ritenuta) invalida prima della (eventuale) declaratoria di incostituzionalità¹²; c) nell'ambito della distinzione tra giudizio preventivo e giudizio successivo di legittimità costituzionale, sotto il previgente Titolo V della Parte II della Costituzione.

Nel caso *sub a*), essa viene posta a fondamento del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione¹³: a fronte di una pluralità di

¹⁰ V., infatti, ad esempio, A. RUGGERI, *Presentazione del seminario*, cit., 4; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, 2008, 532 s.; ID., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1354. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 328, rileva l'esistenza di una presunzione favorevole con riferimento ai presupposti di fatto della norma e alle «prognosi» legislative.

¹¹ Negli Stati Uniti, invece, essa è largamente conosciuta nell'accezione che qui interessa: v., tra gli altri, F. A. HESSICK, *Rethinking the Presumption of Constitutionality*, 85 *Notre Dame Law Review* 1447 (2010); E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage*, 16:1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 97 (2013); nella letteratura spagnola, v. V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, II ed., Madrid, 2012, spec. 131 ss. Sui criteri di citazione utilizzati per la dottrina e la giurisprudenza statunitensi, si rinvia alla prima nota del cap. I.

¹² Ammesso, e non concesso, che si possa discorrere di invalidità della legge prima della sentenza di accoglimento: chi scrive condivide, infatti, la posizione secondo cui «l'incostituzionalità della legge, prima che sia pronunciata dalla Corte costituzionale, è un'opinione, o una speranza, non una certezza» (G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 361).

¹³ Per tale uso, v. M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della «interpretazione conforme a...»*, in *Giur. cost.*, 2007, 1222; ID., *Intervento*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano, 2010, 311; ID., *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2012, 17. Già N. JAEGER, *La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, in *Jus*, 1958, 456, replicando ai critici delle prime decisioni interpretative di rigetto, osservava che essi «non hanno posto mente alle gravi responsabilità che si assumerebbe un organo di controllo costituzionale troppo proclive a dichiarare illegittima qualsiasi norma, la cui lettera si prestasse ad interpretazioni incompatibili con le norme costituzionali, mentre esiste pure, almeno a favore delle leggi posteriori alla costituzione, una certa presunzione di legittimità» (enfasi aggiunta). Anche G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1963, 417 s., rilevava il collegamento tra l'interpretazione adeguatrice e la c.d. presunzione di costituzionalità. Diversamente, secondo R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 174, nota 114, «la presunzione [...] che il legislatore sia rispettoso della costituzione, e non intenda violarla, non ha alcun fondamento». Un'autorevole dottrina ha sostenuto, al riguardo, che «gli atti devono, nell'effettivo dubbio sulla loro legittimità, essere dichiarati incostituzionali» (A. PACE, *I limiti dell'interpretazione «adeguatrice»*, in *Giur. cost.*, 1963, 1073). Altri Autori preferiscono discorrere, anziché di una presunzione di legittimità, di un'applicazione del «principio di “conservazione degli atti giudici”» (così A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014, 158); V. MARCENÒ, *Le ordinanze di*

significati (di norme) che un testo (una disposizione) è in grado di esprimere, deve presumersi che quello “corretto” (e, dunque, applicabile) sia quello (uno di quelli) compatibile(i) con la Carta fondamentale, giacché, come ripetutamente affermato dalla Corte, «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»¹⁴.

Nel secondo caso, si fa generalmente riferimento alla circostanza che, in un sistema accentrato, sino all’eventuale declaratoria dell’unico organo a ciò preposto, la legge – anche quando chi è tenuto all’osservanza/applicazione della stessa la ritenga di dubbia legittimità o, addirittura, certamente illegittima – si presume valida e produce comunque i suoi effetti¹⁵ (la disobbedienza avviene, dunque, a rischio e pericolo del trasgressore)¹⁶.

In terzo luogo, l’espressione *de qua* è stata utilizzata – in senso atecnico – con riferimento al differente regime di impugnazione delle leggi statali rispetto a quelle regionali, previsto dall’originario impianto costituzionale (previgente art. 127 Cost.)¹⁷: al controllo successivo, privilegio riservato alla legge parlamentare,

manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?, in *Giur. cost.*, 2005, 785, lo definisce principio generale di «massima conservazione dei testi legislativi». Enfatizza la volontà della Corte di conservare i «testi legislativi plurivalenti» anche A. GARDINO CARLI, *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi*, Milano, 1988, 86. Nel senso del «principio di conservazione dei documenti» già G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 149. In modo non dissimile si esprime anche F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e l’attività «maieutica»* [1961], in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, Vol. III, 263. Osservazioni sul tema furono svolte anche da L. STURLESE, *Limiti di opportunità all’attività interpretativa della Corte costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 224 ss.

¹⁴ Corte cost., sentenza n. 356/1996, n. 4 del *Considerato in diritto*. Si tratta di affermazione successivamente ribadita più volte: v., ad es., tra le molte, le sentt. nn. 65/1999, 200/1999, 301/2003, 49/2011, 21/2013, 113/2015. Come è noto, secondo autorevole dottrina, tale posizione andrebbe così corretta nella sua seconda parte: le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma «perché è difficile (improbabile) darne interpretazioni costituzionali» (così F. MODUGNO, *Sulla specificità dell’interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 260).

¹⁵ Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 105, che ricollegano tale presunzione al c.d. «privilegio del legislatore».

¹⁶ Il tema è particolarmente dibattuto e vi sono, in dottrina, posizioni differenti: v., per un quadro complessivo, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 354 ss.

¹⁷ Come è noto, tra le più importanti novità introdotte dalla riforma del Titolo V, operata con l. cost. n. 3/2001, vi è la sostituzione dell’impugnativa preventiva con un controllo successivo, analogo a quello già previsto per il ricorso da parte delle Regioni nei confronti delle leggi dello Stato. L’art. 9 della l. n. 131/2003, sostituendo l’art. 31, secondo comma, della legge n. 87/1953 aveva però fatto salva la particolare forma di controllo prevista per la Regione siciliana. Tale previsione,

era associata una presunzione di «probabile legittimità»; specularmente, sui prodotti dell'attività dei legislatori regionali gravava opposta presunzione di «probabile illegittimità», tale da giustificare, su iniziativa del Governo, l'intervento del Giudice delle leggi prima della promulgazione e dell'entrata in vigore dell'atto in questione¹⁸.

Appare evidente che le citate accezioni di tale espressione esulano dall'oggetto della presente indagine: ciò che qui interessa, invece, è – dal punto di vista del *processo costituzionale* – la presunzione che la legge sia conforme a Costituzione, salva dimostrazione del contrario¹⁹ (in via essenzialmente *logico-argomentativa*, escluso il caso di vizi del procedimento di formazione dell'atto)²⁰.

originariamente non censurata dalla Corte (cfr. sent. n. 314/2003), è stata successivamente dichiarata illegittima con la decisione n. 255/2014 [su cui v. E. ROSSI, *Meglio tardi che mai: la Corte elimina la specialità del procedimento di controllo delle leggi siciliane (ovvero: la Sicilia si avvicina al continente...)* (commento a Corte cost. 13 novembre 2014, n. 255), in *Forum di Quaderni costituzionali*, dicembre 2014; G. CHIARA, *Il controllo successivo delle leggi regionali si estende anche alla Regione siciliana: un overruling forzato, ma felice*, *ivi*, 27 febbraio 2015; G. D'AMICO, *Dal primo Statuto all'ultimo Commissario. Variazioni sul tema dell'impugnazione delle leggi siciliane (nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 255 del 2014)*, *ivi*, 13 maggio 2015]. Attualmente, dunque, si applica a tutte le Regioni il sistema del controllo successivo. Coerentemente, la Corte costituzionale ha in seguito dichiarato improcedibili i ricorsi già presentati dal Commissario dello Stato per la Regione siciliana: v., in tal senso, le ordd. nn. 105, 111, 123, 160, 163, 166, 167, 175, 177 del 2015.

¹⁸ Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 259. In senso analogo T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR, *Lineamenti di Diritto regionale*, VIII ed., Milano, 2008, 293, e, più di recente, F. GIUFFRÈ, *Verso la fine della giustizia costituzionale "alla siciliana"* (commento all'ordinanza della Corte costituzionale n. 114 del 7 maggio 2014), in *Federalismi.it*, 14 maggio 2014, 3, il quale cita anche M. MOSCATO, *I giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in A. RUGGERI-G. VERDE (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, Torino, 2012, 397.

¹⁹ Come osserva A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi*, cit., 147 s.: «l'idea di una "presunzione" favorevole alle scelte legislative e, dunque, di "un onere della prova" a carico di chi ne afferma l'incostituzionalità è coerente con i principi del governo rappresentativo: nel dubbio il potere di decidere spetta al legislatore, che si assume le responsabilità delle scelte fatte dinanzi al corpo elettorale. D'altra parte molte sono le questioni non assolutamente certe in non pochi settori della vita sociale; e rovesciare in via generale l'onere della prova condurrebbe alla paralisi di ogni decisione. È vero anche però che in certi settori essenziali della persona non sono consentiti esperimenti e, dunque, si può legiferare solo sulla base di una certezza, al di là di ogni ragionevole dubbio».

²⁰ In cui sostanzialmente, nel caso di vizio procedurale delle leggi formali, si tratta principalmente dell'accertamento di un *fatto storico*, non molto diversamente da quanto accade nei comuni procedimenti giurisdizionali (approvazione della legge in testi difformi tra le due Camere, mancato rispetto della riserva di Assemblea di cui all'art. 72, quarto comma, Cost. etc.). Cfr. A. CERRI, *I poteri istruttori*, cit., 1342: «in tal caso il giudizio non implica un confronto fra norme ma la valutazione di una vicenda concreta, di un singolo ed individuo *iter* procedimentale». Secondo R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Torino, 1992, 148 s., una volta interpretate le norme che regolano la procedura di formazione della legge, occorre procedere all'«accertamento (empirico) dei procedimenti effettivamente seguiti nella produzione della legge, ossia della condotta tenuta dal "legislatore" (cioè dall'organo legislativo) nel legiferare». Sul tema il

Si tratta, probabilmente, di una regola così generale e apparentemente ovvia – seppure interessante da approfondire nei suoi presupposti teorici – da rendere dubbio il suo reale valore euristico, anche alla luce della struttura del giudizio costituzionale.

Essa però acquisisce nuova luce, ad avviso di chi scrive, proprio *in virtù dell'esistenza di alcune eccezioni*, ossia di casi in cui, nell'ambito del giudizio di legittimità, è opportuno (e, forse, doveroso) presumere che la legge (poiché appartenente a una determinata *sospetta* categoria) sia illegittima, salva dimostrazione della sussistenza di ragioni per le quali – *in quello specifico caso* – essa sia invece da considerarsi costituzionalmente legittima (o, più correttamente, *la questione di legittimità che la riguarda debba ritenersi non fondata*)²¹.

Occorre peraltro rilevare che mancano, salvo errore, studi specifici sui vari significati di tale espressione, a differenza di quanto accade per la – completamente diversa – presunzione di legittimità degli atti amministrativi, oggetto, tra l'altro, di una tanto risalente quanto autorevole monografia²² e di numerosi approfondimenti nella dottrina successiva, la quale ne ha revocato in dubbio la perdurante esistenza²³.

lavoro più completo è quello di P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo*, Torino, 2002.

²¹ Critica la sostanza di tali categorie GIU. SERGES, *Per un superamento delle "decisioni rinneganti" in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti del diritto n. 1/2014, 87, nota 227, secondo cui «La distinzione tra "presunzione di costituzionalità" e "presunzione di incostituzionalità", ricalcata, anche terminologicamente, sulla scorta di quella tra "presunzione di innocenza" e "presunzione di colpevolezza" processualpenalistica, non ha di per sé alcun senso nel processo costituzionale, dove non si pone né il problema delle garanzie dell'imputato, né quello dell'onere della prova (intendendosi con il termine "prova" non già una qualunque argomentazione a sostegno della propria tesi, ma una vera e propria prova giudiziaria). Da questo punto di vista, nel processo costituzionale non vi è né presunzione di costituzionalità, né presunzione di incostituzionalità: la Corte esamina le disposizioni censurate e le argomentazioni proposte dalle parti e dal giudice *a quo* ed effettua, altresì, le *proprie* ricerche, per giungere infine, eventualmente, alla declaratoria di incostituzionalità» (corsivi dell'A.).

²² G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936. A tale riguardo l'Autore evidenzia, sin dalla premessa (*ivi*, 2), la necessità di distinguere, perché tra loro assai diverse, una presunzione semplice (che «implica il problema della legittimità o illegittimità indiziaria dell'atto amministrativo»), una presunzione legale relativa (che risolve il problema della «situazione dell'atto amministrativo illegittimo») e una presunzione legale assoluta (che «incide sui problemi della irrevocabilità e della forza analoga alla cosa giudicata dell'atto amministrativo»).

²³ Secondo B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 242 s., tale idea è stata addirittura del tutto superata dalla scienza giuridica. A. GIORDANO, *I procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA. VV., *I procedimenti possessori*, opera diretta da A. Carratta, Bologna, 2015, 562, sostiene che a provocare l'erosione della presunzione di legittimità sarebbe stata, in particolare, la l. n. 241/1990, che ha introdotto un

Prima di entrare nel vivo del discorso, due necessarie precisazioni metodologiche si impongono.

La ricerca sarà svolta – indifferentemente – nell’ambito dei due giudizi di legittimità costituzionale, principale e incidentale, dal momento che la loro diversa struttura processuale non sembra produrre conseguenze sul piano che qui interessa (neanche, forse, per quanto riguarda quella giurisprudenza che fa leva su una sorta di presunzione di incompetenza dello Stato a seguito della riforma del Titolo V)²⁴. Presunzione di legittimità e opposta presunzione di illegittimità, infatti, vanno collegate alla nozione di *onere della prova* non già nel senso di distribuzione delle attività istruttorie tra le parti del giudizio costituzionale (che, quando è promosso in via incidentale, è «senza parti»²⁵ o «a parti eventuali»²⁶), bensì nel senso più limitato di *regime giuridico del dubbio*²⁷, con le conseguenze che ne derivano anche (ma non solo) dal punto di vista dell’argomentazione della decisione costituzionale, in merito alla ricerca di una regola di giudizio.

La seconda questione di metodo è più generale ed attiene alla scelta di fondo di affrontare un tema così marcatamente giurisprudenziale ed alla consapevolezza degli inevitabili limiti con cui ci si dovrà confrontare. Il tentativo di ricostruire un quadro coerente in materia di scrutinio stretto e di presunzione di illegittimità si scontra, infatti, con il dato empirico a cui è soggetta qualunque ricerca di matrice

obbligo generalizzato di motivazione dei provvedimenti amministrativi (con conseguente onere della prova a carico dell’amministrazione). Sul tema v. anche V. ITALIA, *Problemi sulla presunzione di legittimità dell’atto amministrativo* [2003], ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, 39 ss.

²⁴ Cfr. A. D’ATENA, *Diritto regionale*, II ed., Torino, 2013, 141, secondo cui, per effetto della clausola residuale di cui al quarto comma dell’art. 117 Cost., è venuta a cadere la generale presunzione di competenza del legislatore statale. In giurisprudenza, v. la sent. n. 282/2002: «La risposta al quesito, se la legge impugnata rispetti i limiti della competenza regionale, ovvero ecceda dai medesimi, deve oggi muovere – nel quadro del nuovo sistema di riparto della potestà legislativa risultante dalla riforma del titolo V, parte II, della Costituzione realizzata con la legge costituzionale n. 3 del 2001 – non tanto dalla ricerca di uno specifico titolo costituzionale di legittimazione dell’intervento regionale, quanto, al contrario, dalla indagine sulla esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenza statale» (n. 3 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta).

²⁵ Per la definizione del giudizio incidentale come «processo senza parti», v. R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.

²⁶ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 314.

²⁷ In questo senso A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [1994], cit., 4 s. La regola dell’onere della prova, come ricorda l’A. citato, ha una duplice natura: in un primo senso, regola il riparto dell’attività probatoria delle parti; in una seconda accezione, fornisce una regola di giudizio per il caso di persistente dubbio. Nella dottrina processualciviltistica, v. V. ANDRIOLI, *Prova (Diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, 299, secondo il quale «la ripartizione dell’onere della prova influisce [...] anche nel momento del giudizio allorquando manca o è incompleta la prova dei fatti costitutivi, impeditivi o estintivi», nel senso che costituisce una regola di giudizio.

essenzialmente casistica: si intende far riferimento, evidentemente, al carattere magmatico²⁸ e, in quanto tale, ontologicamente instabile del materiale giurisprudenziale. La sua natura mutevole ed informe, fortemente influenzata da una pluralità di fattori (vicende del caso concreto, cangiante composizione della Corte, etc.) rende estremamente problematico cercare di riportarlo a coerenza e a (presunti) schemi teorici²⁹.

Se quanto appena detto è vero in generale, lo è ancor di più quando ci si confronta con le decisioni del nostro Giudice delle leggi, il quale «sconta un deficit di elaborazione concettuale e di auto-riflessione sugli strumenti del giudizio costituzionale rispetto alla Corte americana»³⁰, di talché le tecniche argomentative risultano avere un andamento piuttosto instabile, in grado di produrre una giurisprudenza talvolta «ingovernabile»³¹. Ciò, però, più che indurre a desistere, dovrebbe spingere lo studioso a cercare comunque di individuare linee di tendenza, costanti nei percorsi argomentativi e criteri unificanti, capaci di trascendere la logica – che in certa misura è insopprimibile per un giudice – del *case by case*.

È con la piena consapevolezza della difficoltà e dell'inevitabile parzialità (o provvisorietà) del lavoro, che si è inteso effettuare il presente tentativo di ricerca, il quale senz'altro necessita di approfondimento e di ulteriore maturazione³².

²⁸ Si mutua l'efficace immagine da P. CARNEVALE, *A Corte... Così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *RivistaAic.it*, n. 4/2014, 53.

²⁹ Il rischio è, da un lato, quello di una semplificazione eccessiva del materiale disponibile, nell'ottica di una torsione orientata a poter rientrare nei modellini astratti che si intendono disegnare. All'estremo opposto, invece, nell'opera di catalogare e classificare sulla base di ogni minima differenza, si rischia di fare come i cartografi di Borges che, nel tentativo di riprodurre in modo assolutamente fedele la geografia dell'Impero, prepararono una mappa grande quanto l'Impero stesso (e, quindi, totalmente inutile) [devo la felice similitudine a G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, 4, che, nell'ambito peraltro di un discorso diverso da quello che stiamo qui svolgendo, cita J. L. BORGES, *Del riposo della scienza*, in ID., *Tutte le opere*, I, Milano, 1984, 1252]. Più di recente, in tema di leggi-provvedimento, analoga citazione è ripresa da M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015, 2.

³⁰ G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 103.

³¹ Utilizza tale espressione – con riferimento specifico alla giurisprudenza costituzionale che fa uso del canone della ragionevolezza – A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza*, cit., 136.

³² Al riguardo chi scrive ritiene particolarmente istruttivo quanto affermato da un'autorevole dottrina (e che, *a fortiori*, vale per l'autore della presente ricerca): «Le conclusioni a cui finora sono pervenuto [...] devono considerarsi doppiamente non definitive: in primo luogo, perché, essendo la scienza sinonimo di ricerca, nessuna opera scientifica può dirsi definitiva; in secondo luogo, perché molte sono le ulteriori verifiche a cui tali conclusioni dovrebbero o, comunque, potrebbero essere sottoposte» (così A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002, 75).

Piano del lavoro.

Nel primo capitolo, vengono riassunti la storia, i presupposti, la struttura e la funzione dello *strict scrutiny* nella giurisprudenza federale statunitense, il quale costituisce – se non altro nel *nomen iuris* – il paradigma a cui sembra essersi ispirata la nostra Corte costituzionale nel(l'affermare di voler) sottoporre determinate categorie di leggi ad uno scrutinio maggiormente rigoroso. Saranno solamente accennate, peraltro, le profonde e in larga parte insuperabili differenze che intercorrono tra la Corte Suprema statunitense e la nostra Corte costituzionale (e, più in generale, le Corti di matrice *lato sensu* kelseniana³³); differenze che permangono nonostante un certo progressivo avvicinamento tra le esperienze che afferiscono ai due diversi modelli “ideali” – e solo tendenziali – di giustizia costituzionale (diffuso e accentrato)³⁴.

Nel secondo, si cerca di riassumere «lo stato delle cose» nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, indicando per quali categorie di leggi la Corte attualmente dichiara di praticare un controllo di legittimità più severo e cercando di verificare quali siano i meccanismi di giudizio di volta in volta utilizzati.

Nel capitolo terzo, premessa qualche osservazione di carattere teorico, si propone una ricostruzione complessiva della giurisprudenza illustrata nel capitolo precedente, quanto ai presupposti e alle modalità del giudizio, e alla possibile esistenza, anche al di fuori dei casi di «scrutinio stretto», della già citata presunzione di illegittimità costituzionale. Si suggerisce, inoltre, che il sospetto di invalidità (che sia tale o no da provocare una presunzione sfavorevole) possa essere collegato alla specifica natura assiologica del parametro che una determinata categoria di leggi va (potenzialmente) ad intaccare.

³³ Sul tema della problematica riconducibilità della Corte costituzionale al modello kelseniano, è imprescindibile il riferimento a C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* [1984], Napoli, 2014.

³⁴ Sul progressivo avvicinamento dei due modelli “puri” di giustizia costituzionale, con la necessaria enfattizzazione dell'antecedenza di quello statunitense, v. L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in ID. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 79 ss., al quale si rinvia anche per una interessante panoramica sulle differenti classificazioni proposte in dottrina (*ivi*, 20 ss.) Di recente, per il riferimento ad un terzo modello, «sorto in modo originale ed autonomo nello Yucatan con la Costituzione del 1841 e poi sviluppato dalla Costituzione messicana e, con diverse modalità, nel resto dell'America Latina e in Spagna», v. E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 1/2016, 1.

Nel capitolo conclusivo, infine, si prova ad ipotizzare qualche conseguenza concreta derivante dall'adozione della nozione di presunzione di illegittimità costituzionale, con riferimento all'attività degli organi coinvolti, a vario titolo, nel procedimento di formazione delle leggi e nel successivo controllo su di esse (Parlamento, Presidente della Repubblica, giudici comuni, Corte costituzionale).

CAPITOLO I

PRESUMPTION OF CONSTITUTIONALITY E STRICT SCRUTINY NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

SOMMARIO: 1. *La giustizia costituzionale statunitense e la Corte Suprema federale* - 1.1. *Considerazioni introduttive* – 1.2. *La Corte Suprema: struttura e funzioni* (cenni) – 1.3. *Marbury v. Madison* – 1.4. *Le caratteristiche del sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti* – 2. *La presunzione di costituzionalità* (presumption of constitutionality) – 3. *Lo strict scrutiny nella giurisprudenza della Corte Suprema federale* 3.1. *Una definizione minima* – 3.2. *La storia dello strict scrutiny: le origini* – 3.3 *Da Warren a Burger: la definitiva affermazione dello strict scrutiny e la successiva introduzione di un livello intermedio di sindacato* – 3.4 *La successiva giurisprudenza federale* – 4. *Lo strict scrutiny: un'analisi strutturale* – 4.1 *I presupposti* – 4.1.1. *Le classificazioni sospette* – 4.1.2 *I diritti fondamentali* – 4.2. *I test di giudizio* – 4.2.1. *L'impellente interesse pubblico* – 4.2.2. *La stretta proporzionalità* – 5. *Strict scrutiny: natura e funzioni* 6. *Considerazioni conclusive: uno strumento ancora attuale*

1. *La giustizia costituzionale statunitense e la Corte Suprema federale*¹

¹ Le sentenze della Corte Suprema federale (che possono essere consultate on-line all'indirizzo <http://law.justia.com/cases/>) sono citate, nel presente capitolo, secondo il sistema utilizzato negli Stati Uniti: nome delle parti, numero del volume degli *United States Reports* (U.S.), pagina del volume dove inizia la sentenza, anno della decisione [cfr. *The Bluebook. A Uniform System of Citation*, Cambridge (Ma), XIX ed., 2010, 87]: ad esempio, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Per quanto concerne le citazioni scientifiche, gli articoli sono riportati indicando l'Autore, il titolo (con tutte le iniziali maiuscole, tranne che per congiunzioni, preposizioni e articoli), il numero del volume della rivista in questione, il nome di quest'ultima, la pagina iniziale e l'anno (cfr. ancora *The Bluebook. A Uniform System of Citation*, cit., 147). Per comodità del lettore italiano, si è scelto – nel citare pagine specifiche di una sentenza o di un lavoro scientifico – di inserire tale riferimento per ultimo (dopo l'anno di pubblicazione e non prima, come il *Bluebook* invece suggerisce). Un'ulteriore differenza, rispetto agli abituali criteri statunitensi, è la scelta di riportare solo l'iniziale, oltre che del *middle name*, anche del *first name*. Per la traduzione della Costituzione statunitense è stata utilizzata la versione disponibile sul sito internet www.dircost.unito.it. Per le altre fonti, dove non diversamente indicato, la traduzione dall'inglese è di chi scrive.

1.1. *Considerazioni introduttive*

In un celebre studio sulla democrazia degli antichi e dei moderni, apparso per la prima volta nel 1972, Moses I. Finley – replicando a quegli studiosi che proponevano di retrodatare l'introduzione di forme democratiche di gestione del potere ad esperienze precedenti la Grecia (e, in particolare, Atene) del V secolo a. C. – scriveva icasticamente: «I greci, e soltanto i greci, scoprirono la democrazia nel vero senso della parola, esattamente nel senso in cui fu Cristoforo Colombo, e non un navigatore vichingo, a scoprire l'America»².

Un'analogia affermazione, sostituendo gli Stati Uniti alla Grecia, potrebbe essere utilizzata per descrivere la nascita della giustizia costituzionale, quantomeno intesa in senso moderno³: se è vero che le influenze storiche e culturali precedenti⁴ non possono essere del tutto pretermesse né sottovalutate⁵ (ché le grandi rivoluzioni non nascono come Minerva dalla testa di Giove), non vi è dubbio però che il controllo di costituzionalità sia definitivamente sorto

² M. I. FINLEY, *Democracy ancient and modern*, trad. it. *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Roma-Bari, 1997 [I ed. or. 1972], 14, il quale precisa di non voler negare «la possibilità che ci fossero esempi anteriori di democrazia, le cosiddette democrazia tribali, per esempio, o le democrazie che alcuni assiriologi ritengono di poter individuare nell'antica Mesopotamia. Comunque stiano realmente le cose a questo proposito, esse non ebbero alcuna incidenza sulla storia, sulle civiltà posteriori».

³ È stata, infatti, «l'esperienza americana [...] a dare un inizio non effimero al sindacato di costituzionalità delle leggi» (così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 19).

⁴ Sui «precedenti» storici del controllo di costituzionalità, v. *ex multis* M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 49 ss.; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale*, in G. MORBIDELLI-L. PEGORARO-A. RINELLA-M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, V ed., Torino, 2016, 548 s.; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 15 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 20 ss.; M. ASCHERI, *Momenti di controllo "costituzionale" medievali e d'antico regime*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 23 ss.

⁵ «While judicial review as a working method of subordinating state action to higher principles was first effectively implemented in the United States, the idea did not spring new and fully developed from the brow of John Marshall»: così M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, 58 *California Law Review* 1017 (1970), 1020. Lo stesso Autore, in un altro lavoro, dopo aver ricostruito i precedenti storici del controllo di costituzionalità, spiega: «Più di un secolo di storia americana e di immediati, univoci precedenti stavano dunque – ed è bene sottolinearlo – alle spalle del Chief Justice John Marshall quand'egli nel 1802, anche sulla scorta del piuttosto farraginoso art. VI, clausola 2°, della Costituzione federale del 1787, proclamò a chiara voce nel caso *Marbury* contro *Madison* il “principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that the courts, as well as other departments, are bound by that instrument”. Se questa coraggiosa, recisa affermazione di John Marshall effettivamente ha iniziato in America e nel mondo qualcosa di nuovo e di importante, essa è stata però, nello stesso tempo [...] non un gesto d'improvvisazione, ma anzi un atto maturato attraverso secoli di storia: storia non soltanto americana, ma universale» (M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., 27 ss.).

nell'esperienza statunitense⁶, il cui simbolico punto di partenza viene generalmente (e forse convenzionalmente) individuato nella celeberrima decisione *Marbury v. Madison*, emessa dalla Corte suprema federale nel 1803⁷ (su questa pronuncia e sulla considerazione che essa ha nella dottrina costituzionalistica, si tornerà *infra*, al par. 1.3).

Una tale innovazione presuppone logicamente la concezione della Carta costituzionale come legge superiore ad ogni altra manifestazione del potere⁸, concezione che «è la cifra fondamentale per la comprensione dell'esperienza costituzionale statunitense e della sua genesi»⁹; ciononostante chi volesse rinvenire un fondamento di diritto positivo per la giustizia costituzionale negli Stati Uniti resterebbe deluso.

Come è noto, infatti, la Costituzione di Philadelphia del 1787 non prevedeva (né prevede oggi, duecentoventinove anni e ventisette emendamenti dopo) alcunché riguardo ad un controllo di legittimità costituzionale degli atti del potere legislativo (o esecutivo) da parte degli organi giurisdizionali¹⁰. L'unico appiglio testuale, peraltro non particolarmente solido, è rappresentato dall'Article VI, par. 2, Cost.: «This Constitution, and the *Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof*; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the *supreme Law of the Land*; and the Judges in every State shall be bound thereby»¹¹. Tale disposizione potrebbe essere interpretata (trascendendo forse il significato immediato) nel senso che le leggi

⁶ Cfr., tra gli altri, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, 4, secondo cui «il vero luogo d'origine della giurisdizione costituzionale sono gli Stati Uniti d'America».

⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). «The decision is important for world constitutional history, in that judicial review of the constitutionality of legislation had never been established anywhere» (così M. TROPER, *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 24).

⁸ A tale riguardo, si può rammentare che J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. Pace, Milano, 1998, 54 s., cita quella statunitense come «più significativo esempio» di costituzione rigida nel mondo moderno.

⁹ Così P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 12.

¹⁰ Come segnalano E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, IV ed., Torino, 2013, 2, ciò fu legato alla rigidità con la quale i Costituenti americani intesero la separazione tra i poteri, «che scoraggia[va] le contaminazioni reciproche e quindi anche la previsione di bilanciamenti e controlli degli uni sugli altri».

¹¹ «Questa Costituzione, e le leggi degli Stati Uniti che saranno fatte in sua applicazione; e tutti i trattati stipulati o che saranno stipulati sotto l'autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese; e in ciascuno Stato i giudici ne saranno vincolati, senza considerare qualsiasi cosa sia disposta in contrario nella Costituzione o nelle leggi di qualsiasi Stato».

degli Stati Uniti debbano necessariamente – per costituire legge suprema del Paese – essere conformi alla Costituzione e che, solo in questo caso, i giudici di ogni Stato ne siano vincolati (peraltro, sembra opportuno rilevare che tale disposizione fa riferimento, almeno intesa letteralmente, ai soli giudici statali e non anche a quelli federali)¹².

Nulla di maggiormente decisivo si rinviene nella parte dedicata alla complessivamente scarna disciplina del potere giudiziario, contenuta nell'Article III, la cui Section I prevede, per quanto qui interessa, che esso sia esercitato dalla Corte Suprema e dalle Corti inferiori istituite e disciplinate dal Congresso¹³. Quanto all'estensione della giurisdizione federale – oltre ad una serie di ipotesi particolari¹⁴ – essa, a norma del medesimo Article III, riguarda tutte le controversie di diritto o di equità, che si presentano nell'ambito (*under*) della Costituzione, delle leggi degli Stati Uniti e dei trattati. Anche in questa parte, dunque, *nulla stabilisce espressamente che i giudici possano verificare la conformità delle leggi alla Costituzione* e, in caso di esito negativo del controllo, *dare la prevalenza alla seconda mediante disapplicazione delle prime*.

Quanto sin qui detto, tuttavia, non significa che la questione del controllo di legittimità costituzionale non fosse presente nel fermento politico e culturale che accompagnò l'indipendenza dalla madrepatria britannica e la successiva fondazione dello Stato federale (previo passaggio per un Confederazione di Stati)¹⁵. Il potere dei giudici di verificare la legittimità degli atti del potere legislativo, infatti, era ritenuta implicita nel nuovo ordinamento stabilito dalla

¹² Si potrebbe anche obiettare che, nel fare riferimento, ai «giudici in ogni Stato» la Costituzione intenda alludere alla mera localizzazione geografica, nel senso che – ovviamente – anche i giudici federali si trovano fisicamente nel territorio dei vari Stati dell'Unione. Tale interpretazione è condivisibilmente definita «forensic amusement» da A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* [1962], II ed., 1986, 9, il quale nota, tra l'altro, che a rigore la Corte Suprema non si trova nel territorio di uno degli Stati, ma nel District of Columbia.

¹³ Viene stabilito, inoltre, che i giudici – sia della Corte Suprema sia delle Corti inferiori – mantengano il loro ufficio *during good behavior* e che il compenso da essi percepito non possa essere diminuito durante la loro permanenza in carica: tutto ciò, evidentemente, a tutela della loro indipendenza. Sulla durata del mandato dei giudici federali, v. anche *infra*, in relazione alla Corte Suprema.

¹⁴ «Tutti i casi concernenti gli ambasciatori, gli altri rappresentanti diplomatici ed i consoli; tutti i casi che riguardino l'ammiragliato e la giurisdizione marittima; alle controversie tra due o più Stati, tra uno Stato e i cittadini di un altro Stato, tra cittadini di Stati diversi, tra cittadini di uno stesso Stato che reclamino terre in base a concessioni di altri Stati, e tra uno Stato o i suoi cittadini e Stati, cittadini o sudditi stranieri».

¹⁵ Un quadro cronologico sommario di quelle vicende è fornito da M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, II ed., Torino, 1995, 74 ss.

Costituzione¹⁶, come emerge tra l'altro dalla lettura di un celebre passaggio dell'altrettanto celebre *Federalist* n. 78¹⁷, redatto da Alexander Hamilton e datato 28 maggio 1788.

I *Federalist Papers*, come è noto, sono una raccolta di ottantacinque scritti dello stesso Hamilton, di John Jay e di James Madison (sotto il comune pseudonimo di *Publius*), che patrocinavano la ratifica della Costituzione federale nello Stato di New York¹⁸ (si rammenti che l'entrata in vigore della nuova Legge fondamentale richiedeva la ratifica da parte di almeno nove Stati)¹⁹. Tali articoli, lungi dall'avere un valore meramente storico, sono stati citati, come sostegno interpretativo, in pronunce della Corte Suprema²⁰, anche molto recenti²¹, generalmente a sostegno dell'interpretazione del testo della Costituzione proposta dai fautori di una concezione originalista²².

¹⁶ Chi scrive deve a G. F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2001, 173 s., il dato secondo cui «tra venticinque e trentadue dei quaranta delegati alla Convenzione di Filadelfia favorirono tale soluzione [il judicial review] e [...] almeno otto delle convenzioni statali che ratificarono la Costituzione l'avevano discussa ed accettata». Per quanto concerne i lavori della Convenzione, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 29, sottolineano che la questione del *judicial review of legislation* fu oggetto di forti contrasti e fu lasciata cadere per timore che non si addivenisse all'approvazione della Costituzione. Come ricorda L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale*, cit. 448, già nel periodo tra il 1776 ed il 1787 «molte sentenze delle colonie già avevano elaborato una cospicua giurisprudenza in ordine alla costituzionalità di atti normativi». Su questo punto si tornerà brevemente in seguito, nell'occuparsi dei precedenti *Marbury v. Madison*.

¹⁷ I *Federalist Papers* possono essere letti, in lingua originale, sul sito internet della Biblioteca del Congresso, all'indirizzo <http://thomas.loc.gov/home/histdox/fedpapers.html>. Una traduzione italiana si trova in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, 1997.

¹⁸ V., per una sintetica ma chiara ricostruzione, G. E. MAGGS, *A Concise Guide to the Federalist Papers as a Source of the Original Meaning of the United States Constitution*, 87 *Boston University Law Review* 801 (2007), spec. 807 ss.

¹⁹ Come previsto dall'Article VII («The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same»).

²⁰ Per un'interessante tabella (seppur datata) che indica, per ciascun decennio, il numero di decisioni della Corte Suprema che hanno fatto riferimento ai *Federalist Papers*, v. J. G. WILSON, *The Most Sacred Text: The Supreme Court's Use of The Federalist Papers*, 1985 *Brigham Young University Law Review* 65 (1985), 66, in nota.

²¹ V., ad esempio, *Comptroller of Treasury of Md. v. Wynne* 575 U.S. ____ (2015); *Kansas v. Nebraska*, 547 U.S. ____ 2015 (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 2015 (Roberts, C. J., dissenting); *Ariz. State Legislature v. Ariz. Indep. Redistricting Comm'n*, 576 U.S. ____ 2015 (Roberts, C. J., dissenting); *Nat'l Labor Relations Bd. v. Canning* 573 U.S. ____ (2014); *Stern v. Marshall* 564 U.S. ____ 2011 (Breyer, J., dissenting).

²² Sul tema G. E. MAGGS, *A Concise guide to the Federalist Papers*, cit., 820 ss. Nella dottrina italiana, per una riflessione sul significato dei *Federalist Papers* duecento anni dopo la loro pubblicazione, v. G. BOGNETTI, *Per il bicentenario del «Federalista»*, in *Giur. cost.*, 1986, 2521 ss. e ora in *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, a cura di M. Iacometti, Milano, 2015, 159 ss., il quale peraltro sottolinea come «il sistema concettuale del *Federalista* – il quadro delle strutture costituzionali che quell'opera espone, razionalizza e difende – non trova più riscontro nella

Il saggio n. 78, in particolare, si occupa del potere giudiziario e contiene, tra l'altro, la nota considerazione per cui in un sistema in cui è garantita la separazione dei poteri, quello giudiziario è il meno pericoloso (*the least dangerous*)²³ per i diritti garantiti dalla Costituzione, non disponendo, a differenza degli altri due, né della forza militare (lett. della spada, *the sword*) né delle finanze pubbliche (della borsa, *the purse*) o del potere di legiferare, ossia di produrre diritto in via generale²⁴. I giudici, secondo l'Autore, non esercitano né forza, né volontà: ma solo giudizio²⁵. In particolare, per quanto qui interessa, Hamilton sostiene che, per garantire il *rispetto dei limiti che la Costituzione pone all'esercizio della funzione legislativa*, occorre riconoscere che le Corti hanno il *potere di dichiarare nulli gli atti contrari alla Legge fondamentale (recte, al suo manifest tenor: ci si tornerà a proposito della presunzione di legittimità)*²⁶.

Controbattendo alle possibili critiche a tale posizione, Hamilton evidenzia come ciò non implichi alcuna superiorità del potere giudiziario rispetto a quello legislativo, sottolineando in particolare che il legislatore è effettivamente subordinato ad un'*autorità più elevata*²⁷, che non è però quella rappresentata dai giudici bensì dalla Costituzione stessa. E chi esercita un potere da altri delegato non può disporre in contrasto con quanto prescritto da chi ha conferito tale potere; con un'immagine molto efficace, Hamilton spiega che negare questo «would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves;

presente realtà istituzionale egli Stati Uniti la quale ha incorporato in sé un modello che è nettamente distinto da quel sistema» (159).

²³ Hamilton cita anche Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, vol. I, secondo il quale «Dei tre poteri sopra menzionati, il giudiziario è pressoché inesistente».

²⁴ A. HAMILTON, *Il Federalista n. 78*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il federalista*, cit., 391 s.

²⁵ Dovendo ricorrere all'aiuto dell'esecutivo affinché i giudizi in questione abbiano efficacia; così A. HAMILTON, *Il Federalista n. 78*, cit., 392.

²⁶ A. HAMILTON, *loc. ult. cit.*

²⁷ Si tratta di un aspetto centrale per comprendere il costituzionalismo americano, come sottolinea in particolare G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 69 s.: «Secondo le concezioni europee, il potere legislativo è sempre visto come una forza originaria che si sprigiona immediatamente dal sovrano (un re di diritto divino, un corpo che impersona la "nazione" o una assemblea popolare, non è a questo proposito rilevante); la concezione americana invece non vede la legislazione mossa da una forza originaria, abilitata a volere in nome proprio, ma la concepisce come potere derivato, cioè delegato. In questa derivazione della legge era implicito il suo limite, poiché nell'atto di delega non era contenuta, né esplicitamente né implicitamente, alcuna autorizzazione ad agire contro i diritti dei deleganti, cioè a contraddire le basi stesse dell'atto di delega».

that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid»²⁸.

Reputando assolutamente inefficace l'idea che lo stesso legislatore sia giudice della costituzionalità dei propri atti, l'Autore riconosceva alle Corti *un ruolo intermedio* tra popolo sovrano e assemblee rappresentative, al fine di mantenere il legislatore nei limiti stabiliti dalla Costituzione, risolvendo eventuali antinomie tra quest'ultima e le leggi, a vantaggio della fonte di rango superiore²⁹ (Hamilton allude al fatto che vi debba essere un *contrasto insanabile*; ciò potrebbe anche essere letto come un invito a procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata del testo legislativo: ma forse ciò significherebbe vedere nel testo qui in esame ben più di quello che effettivamente vi è).

A questo punto Hamilton a sostegno del proprio ragionamento – oltre che, forse, per minimizzare l'impatto del *judicial review* – spiega che risolvere contrasti tra norme è attività abituale degli organi giurisdizionali e introduce un parallelismo con il criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, sulla base del quale la legge successiva prevale sulla precedente, la quale viene abrogata (*lex posterior derogat priori*). L'aspetto sottolineato dall'Autore è che nessuna norma positiva stabilisce tale criterio, avendo esso un fondamento razionale (ciò che, con terminologia moderna, viene descritto dicendo che si tratta di un criterio logico-teoretico di risoluzione delle antinomie³⁰). Allo stesso modo, sostiene Hamilton, è *ragionevole* ritenere che, nel contrasto tra una norma superiore ed una inferiore, non possa essere il criterio cronologico ad essere applicato, occorrendo invece dare prevalenza alla norma posta da fonte sovraordinata³¹ (c.d. criterio gerarchico).

²⁸ «Equivarrebbe ad affermare: un vice è più importante del suo capo, un servitore è al disopra del padrone, i rappresentanti del popolo sono superiori al popolo stesso; e, ancora, coloro che deliberano in virtù delle attribuzioni loro conferite non solo possono fare ciò che non è loro consentito in base ai poteri che hanno, ma anche ciò che, in base agli stessi poteri, è loro vietato»: A. HAMILTON, *Il Federalista* n. 78, cit., 393.

²⁹ «L'interpretazione delle leggi è compito precipuo delle corti. Una costituzione è, in effetti, una legge fondamentale e come tale deve essere considerata dai giudici. Spetta a loro precisarne il significato, come quello di ogni singolo atto che provenga dal legislativo»; così A. HAMILTON, *loc. ult. cit.*

³⁰ Sulla distinzione tra criteri logico-teoretici e storico-positivi, v. F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, 174 ss.; A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Torino, 2000, 149 s.

³¹ A. HAMILTON, *Il Federalista* n. 78, cit., 394.

Nella prospettiva europea-continentale, come è noto, il criterio gerarchico – al pari di quello di competenza – viene tradizionalmente considerato come avente matrice storico-positiva, nel senso che in tanto è operante nell’ambito di un dato ordinamento in quanto espressamente previsto³². Ed effettivamente non pare negabile che il criterio gerarchico differisca sotto molteplici profili rispetto a quello cronologico (quanto al fondamento e alle conseguenze dell’applicazione). Ciò naturalmente non poteva dirsi per l’ordinamento statunitense: o meglio, si poteva dire ma – rilevata l’assenza di una norma che stabilisse espressamente il rapporto di subordinazione della legge alla Costituzione – ciò avrebbe comportato la sostanziale parificazione delle due fonti (e dunque la Legge fondamentale avrebbe avuto sostanzialmente natura flessibile). Hamilton si muove, dunque, in una prospettiva diversa, secondo la quale la superiorità della Costituzione sulle leggi approvate dal Congresso ha un *fondamento logico*, a prescindere da un espresso riconoscimento positivo: da ciò consegue che «l’atto antecedente di un’autorità superiore deve essere preferito a quello successivo di un’autorità inferiore: quindi, quando una legge è in contrasto con la Costituzione, è dovere delle corti uniformarsi a quest’ultima, trascurando la prima»³³.

Si potrebbe obiettare che vi è un salto logico in tale ragionamento, perché tra superiorità della Costituzione e potere di disapplicazione della legge invalida da parte dei giudici non vi è stretta consequenzialità. Ciononostante, come spiegato in illuminanti pagine di autorevole dottrina, sembra che, non solo negli Stati Uniti, il controllo giudiziario di costituzionalità sia stato comunemente percepito (a torto o a ragione) come naturale sviluppo della supremazia della Costituzione³⁴. Proprio per contrastare la tendenza all’autoinvestitura dei giudici di una tale funzione, basata su una pretesa necessità logica, sarebbe sorto, nell’esperienza europea, il controllo accentrato di legittimità (espressione del c.d. *privilegio del legislatore*)³⁵.

³² A. CELOTTO, *Coerenza dell’ordinamento*, cit., 150. Per quanto concerne il rapporto gradualistico tra norme costituzionali e norme legislative, esso è espresso, nell’ordinamento italiano, dall’art. 134 Cost. (così F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, cit., 177).

³³ A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 394.

³⁴ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 31 ss.

³⁵ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *loc. ult. cit.*, i quali richiamano anche una interessante e poco conosciuta sentenza del Tribunale del Reich del 1925, ove si legge: «Dato che la Costituzione del Reich non contiene alcuna disposizione in virtù della quale la decisione circa la costituzionalità di una legge del Reich sia sottratta ai tribunali e trasferita ad altra istanza, si deve riconoscere il diritto e il dovere del giudice di controllare la costituzionalità delle leggi del Reich» (*ivi*, 32).

Da tale prospettiva – che potrebbe risultare controintuitiva per chi prendesse le mosse dalla concezione dell’onnipotenza della legge e del legislatore che imperava in Europa nel XIX secolo³⁶ – discenderebbe che, laddove non sia previsto un controllo accentrato, la giustizia costituzionale, che postula comunque l’affermazione della rigidità della Legge fondamentale, sia “naturalmente” allocata presso i giudici (c.d. “comuni”).

Non vi è dubbio, peraltro, che tale prospettiva ha trovato nell’esperienza americana un terreno particolarmente fertile: nell’ideologia dei rivoluzionari americani si è verificata, infatti, una peculiare combinazione tra individualismo e storicismo, che ha escluso «dai propri orizzonti le filosofie statualistiche europee della sovranità politica»³⁷ e che anzi vede una delle proprie spinte ideali più forti proprio nella reazione a tale ultima concezione.

Prima di occuparci brevemente della decisione con cui la Corte Suprema ha sposato la “dottrina Hamilton”, sembra opportuna una breve digressione per presentare i profili strutturali e funzionali del supremo organo del potere giurisdizionale federale, come previsto dalla Costituzione e dalle leggi di attuazione (raccolte, insieme alle altre leggi federali, nello U.S. Code).

1.2. *La Corte Suprema: struttura e funzioni (cenni)*

La Corte Suprema statunitense³⁸ – la più potente Corte di giustizia che il mondo abbia mai conosciuto, per citare il polemico *incipit* del noto lavoro di Alexander Bickel³⁹ – costituisce il vertice dell’articolato sistema giudiziario federale ed è l’unico organo giurisdizionale espressamente menzionato nella Legge fondamentale (dunque, *costituzionalmente indefettibile*). In seno alla Convenzione di Philadelphia, infatti, non si raggiunse l’accordo sul numero di corti di livello inferiore da istituire e sulla loro competenza, scegliendosi di

³⁶ Celebre è rimasta l’affermazione di Jean Louis De Lolme, secondo cui «Il Parlamento può fare tutto, tranne trasformare l’uomo in donna e viceversa» (attribuita da A. Van Dacey).

³⁷ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 77.

³⁸ Sulla Corte Suprema, in generale, nella letteratura italiana, v. P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 1 ss.

³⁹ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., 1, secondo cui «The least dangerous branch of the American government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known. The power which distinguishes the Supreme Court of the United States is that of constitutional review of actions of the other branches of government, federal and state».

demandare tale compito al legislatore ordinario⁴⁰ («The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish»).

La disciplina del sistema delle corti inferiori – tralasciando il complesso sistema di giudici specializzati – può essere rinvenuta nel Title 28 dello U.S. Code e prevede: le *district courts* (per un totale di 94)⁴¹, che costituiscono i giudici di prima istanza, e le *courts of appeals* (in numero di 13)⁴², che giudicano, come il loro nome suggerisce, in grado di appello. Anticipando quanto si dirà tra breve, visto il percentualmente assai limitato numero di questioni che la Corte Suprema accetta di decidere ogni anno, spesso il giudizio federale si conclude dinanzi ad una *court of appeals*. È appena il caso di avvertire che quello sommariamente descritto è il sistema giudiziario proprio della Federazione: ciascuno Stato organizza poi il proprio apparato giurisdizionale⁴³, che dunque è variabile, pur essendo generalmente articolato, anch'esso, su tre gradi di giudizio⁴⁴.

Con riferimento alla Corte Suprema federale – della cui giurisprudenza ci occuperemo nel presente capitolo – appare opportuno presentarne brevemente i profili strutturali e funzionali. Per quanto concerne la *composizione*, il numero dei giudici, non predeterminato dalla Costituzione, è stato più volte modificato nel corso dei primi decenni di vita del nuovo Stato federale, oscillando tra un minimo di sei (*Judiciary Act* del 1789)⁴⁵ ed un massimo di dieci. Il numero dei giudici fu definitivamente (almeno sino ad oggi) fissato nel 1869: da allora la Corte è composta da nove giudici, un *Chief Justice* ed otto *Associate Justices*⁴⁶.

⁴⁰ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999, 35.

⁴¹ 28 U.S. Code, chapter 5, § 81 ss.

⁴² 28 U.S. Code, chapter 3, § 41.

⁴³ L'esercizio della funzione giurisdizionale anche da parte dei livelli di governo periferici costituisce, come è noto, una delle caratteristiche che tradizionalmente distinguono i sistemi federali da quelli regionali.

⁴⁴ Una sintetica descrizione può essere letta in A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., Milano, 1998, 238.

⁴⁵ Appare opportuno precisare che il *Judiciary Act* del 1801 prevedeva la riduzione del totale dei membri della Corte a cinque, a far data dalla successiva vacanza: esso fu però rapidamente abrogato dal neo-eletto Congresso, nell'ambito delle convulse vicende che descriveremo più avanti, occupandoci di *Marbury v. Madison*.

⁴⁶ Cfr. L. FISHER, *American Constitutional Law*, VI ed., Durham (North Carolina), 2005, 116 ss. Il *quorum* strutturale è fissato in sei giudici (28 U.S. Code, Chapter 1, § 1.).

La Legge fondamentale prevede (con la c.d. *Appointment Clause*) che essi siano nominati – come tutti i giudici federali – dal Presidente degli Stati Uniti, con *advice* (parere) e *consent* (assenso) del Senato⁴⁷: non causalmente, a bilanciare il potere dell'Esecutivo federale, interviene il ramo del Congresso che rappresenta in modo paritario i singoli Stati (i quali, come è noto, hanno due rappresentanti per ciascuno, senza distinzioni di sorta)⁴⁸.

Il Presidente della Corte (*Chief Justice*)⁴⁹ non è eletto in seno al collegio ma è nominato direttamente dal Presidente federale⁵⁰. Nella gran parte dei casi, venendo meno (per morte o dimissioni) il precedente Presidente, un nuovo giudice viene direttamente nominato *ab externo* quale capo del collegio, anche se non sono mancate circostanze in cui un *Associate Justice* sia stato “promosso” al vertice della Corte⁵¹ (nel qual caso il Presidente degli Stati Uniti procede contestualmente alla nomina di un nuovo *Associate Justice*).

⁴⁷ Sul tema, nella dottrina italiana, v. C. BOLOGNA, *Advice and consent nell'evoluzione del federalismo americano*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2/2002, 395 ss.; L. FABIANO, *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei giudici*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza e legittimazione*, Torino, 2011, 63 ss. Per esprimere il carattere marcatamente politico del processo di nomina, può ricordarsi l'icastica affermazione di D. S. LAW, secondo cui «to object that the appointments process is becoming political, is akin to objecting that sin is sinful» (citata da G. FALCON, *Le Corti costituzionali e i loro giudici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 maggio, 2011, 2 s., nel testo e in nota 8). Nella dottrina statunitense, che non manca di esprimere critiche aspre sul modo in cui il Senato esercita il proprio ruolo, *ex multis*, S. CARTER, *The Confirmation Mess*, 101 *Harvard Law Review* 1185 (1988); W. G. ROSS, *The Functions, Roles, and Duties of the Senate in the Supreme Court Appointment Process*, 28 *William & Mary Law Review* 633 (1987); D. A. STRAUSS-C.R. SUNSTEIN, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, 101 *Yale Law Journal* 1491 (1992).

⁴⁸ Secondo quanto stabilito dal XVII Emendamento (1913), section I: «Il Senato degli Stati Uniti sarà composto di due Senatori provenienti da ciascuno Stato, eletti dal relativo popolo, per sei anni; ed ogni Senatore avrà un voto. In ciascuno Stato gli elettori dovranno avere i requisiti necessari per essere elettori del ramo più numeroso del Legislativo dello Stato». La circostanza che una delle due Camere rappresenti gli Stati membri è un'altra delle classiche caratteristiche dei sistemi federali; tale Camera «dota di una proiezione istituzionale l'articolazione policentrica dell'ordinamento» (Così A. D'ATENA, *Diritto regionale*, II ed., Torino, 2013, 16).

⁴⁹ Come visto, la Costituzione non si riferisce al *Chief Justice* nel disciplinare il potere giudiziario; un riferimento a tale figura è tuttavia contenuto nell'Article I, Section III: «Il Senato avrà in via esclusiva il potere di giudicare su tutti i casi di *impeachment*. Quando si riunisce a tal fine, dovrà prestare giuramento o impegno solenne. Se è sotto accusa il Presidente degli Stati Uniti, *presiederà il Giudice in capo della Corte Suprema*; e nessuno sarà dichiarato colpevole senza il concorso dei voti dei due terzi dei presenti» (corsivo aggiunto).

⁵⁰ Sebbene ciò non sia espressamente previsto dalla Costituzione.

⁵¹ Più precisamente, è accaduto ai giudici Edward Douglass White (1910), Harlan Fiske Stone (1941), autore della celebre *Footnote Four*, di cui ci occuperemo *infra*, e William Hubbs Rehnquist (1986).

Il Presidente della Corte, nella comune concezione statunitense, viene percepito ben più che come un *primus inter pares*, al punto che le varie fasi della storia della Corte sono contraddistinte con il nome del *Chief Justice* (ad esempio, la Corte Marshall e la Corte Warren, per citare alcuni dei più noti ed influenti Presidenti)⁵². Per quanto concerne l'attività giurisdizionale, in particolare, il Presidente – se si trova a far parte della maggioranza – assegna ad un giudice il compito di redigere la *majority's opinion* (laddove egli sia invece in minoranza, tale compito spetta al giudice più anziano facente parte della maggioranza).

Per la nomina alla carica di giudice della Corte Suprema, non sono costituzionalmente previsti particolari requisiti soggettivi: cionondimeno, i Presidenti hanno sempre selezionato «esponenti della professione legale e giuristi di chiara fama»⁵³.

Per quanto attiene alla durata del mandato, essa è sostanzialmente vitalizia, non essendo previsto in Costituzione alcun limite temporale: la Legge fondamentale prevede, infatti, che i giudici conservino la carica *during good behavior*. È appena il caso di sottolineare la natura fortemente garantistica di tale previsione, che tutela alla massima intensità l'indipendenza dei componenti del collegio. Tale aspetto era evidenziato dallo stesso Hamilton nell'ampiamente già citato saggio n. 78 dei *Federalist papers*, ove scriveva: «Non ci si può certo aspettare da giudici, che rimangono in carica temporaneamente, quell'atteggiamento costante e inflessibile di fronte alla Costituzione e ai diritti dei singoli – che, a nostro avviso, è indispensabile nelle corti di giustizia, Gli incarichi temporanei – chiunque sia responsabile delle nomine e comunque siano disciplinate – risulterebbero, in un modo o nell'altro, fatali alla indispensabile indipendenza dei giudici»⁵⁴. Lo stesso Hamilton adduceva un'ulteriore (e, suo dire, più importante) ragione per la nomina (sostanzialmente) vitalizia: lo scarso numero di individui che uniscono le doti della competenza legale e dell'onestà per

⁵² A tale rilevante considerazione, peraltro, non corrisponde una supremazia all'interno del collegio: si pensi al fatto che non è previsto che il suo voto abbia valore dirimente in caso di parità.

⁵³ L. FABIANO, *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense*, cit., 68.

⁵⁴ A. HAMILTON, *Il Federalista n. 78*, cit., 395 s., il quale così prosegue: «Se la nomina dei giudici spettasse all'esecutivo o al legislativo, allora esisterebbe il pericolo di una inopportuna deferenza dei giudici nei confronti del ramo investito di tale potere; se spettasse ad ambedue, essi cercherebbero di non perdere il favore dell'uno e dell'altro; se spettasse al popolo o a persone da esso scelte all'uopo, sarebbero guidati dalla ricerca del favore popolare più che guidati dalla Costituzione e dalle leggi».

ricoprire cariche tanto importanti⁵⁵. In questo passaggio l'Autore manifesta un certo pessimismo antropologico, rilevando come la follia e la malvagità del genere umano avrebbero rapidamente portato ad un ampio numero di controversie che avrebbero costituito altrettanti precedenti, per la cui conoscenza sarebbe stato necessario uno «studio lungo e laborioso»⁵⁶ (tale espressione sembra riecheggiare la celebre massima del giudice Coke, secondo cui lo *ius dicere* richiede lungo studio ed esperienza)⁵⁷.

Si potrebbe notare che, generalmente, e salve eccezioni assai significative⁵⁸ verificatesi anche nella giurisprudenza più recente⁵⁹, i giudici tendono a seguire l'orientamento politico del Presidente che li ha nominati. Che ciò dipenda, come è probabile, da affinità ideologiche, oppure da scarsa indipendenza, non può qui dirsi. Ciò che può affermarsi è che laddove la risposta fosse la seconda che abbiamo prospettato, ciò non sarebbe senz'altro imputabile alla Costituzione, la quale ha posto la più elevata garanzia contro le possibili interferenze e pressioni politiche nei confronti dei giudici: piegando un noto aforisma di Leo Longanesi, potrebbe dirsi che negli Stati Uniti, laddove così non fosse, non mancherebbe la libertà, mancherebbero gli uomini liberi⁶⁰.

⁵⁵ «Queste considerazioni ci fanno intendere che non ci sarà una grande scelta di individui adatti e che una carica a tempo determinato – che scoraggerebbe, naturalmente, le persone idonee dall'abbandonare una professione lucrosa per accettare la scranna di giudice – porterebbe ad affidare la giustizia nelle mani di individui meno qualificati ad amministrarla in maniera utile e degna»: così A. HAMILTON, *Il Federalista* n. 78, cit., 396.

⁵⁶ A. HAMILTON, *Il Federalista* n. 78, cit., 396.

⁵⁷ La «legge è un atto che richiede lungo studio ed esperienza prima che un uomo possa attingere la sua conoscenza» (E. COKE, *Reports*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna, 1962, 56). Si tratta, peraltro di affermazione che si fonda su altre basi e che deve essere inserita nel particolare contesto storico in cui fu pronunciata. È appena il caso di sottolineare che, nel medesimo Report (relativo al c.d. *Bonham's case*), è contenuto l'ancor più celebre passaggio, secondo cui: «Risulta dai nostri libri che in molti casi la *common law* regola e controlla gli atti del Parlamento, e talvolta li giudica del tutto nulli e privi di efficacia: giacché quando un atto del Parlamento è contrario al diritto e alla ragione comune, o ripugnante, o di impossibile attuazione, la *common law* lo controllerà e lo giudicherà nullo e privo di efficacia» (*ivi*, 54 s.). Abbiamo peraltro già spiegato la ragione per cui riteniamo, nonostante gli importanti precedenti storici, che la giustizia costituzionale intesa in senso moderno sia sorta negli Stati Uniti.

⁵⁸ P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., 25 s., ricorda il caso dei giudici Brennan e Warren, nominato dal conservatore Eisenhower (che definì la nomina del secondo giudice citato come il proprio peggior errore da Presidente degli Stati Uniti).

⁵⁹ Si pensi, ad esempio, al caso del Giudice Anthony Kennedy, nominato da Ronald Reagan, il quale, tra l'altro, si è unito ai giudici *liberal* nella recente decisione sul divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell Et Al. V. Hodges, Director, Ohio Department Of Health, Et Al.*)

⁶⁰ «Non è la libertà che manca: mancano gli uomini liberi»: L. LONGANESI, *La sua signora. Taccuino*, Milano, 1957, 226.

I giudici possono essere rimossi solo attraverso una speciale procedura, sino ad oggi mai portata a compimento (c.d. *impeachment*)⁶¹: ove in seguito ad accusa mossa dalla Camera dei Rappresentanti, risultino colpevoli di tradimento, concussione o altri gravi reati, la rimozione è votata dal Senato⁶², a maggioranza dei due terzi, con la presenza della metà più uno degli aventi diritto⁶³.

Per quanto riguarda l'aspetto funzionale⁶⁴, è necessario distinguere, sulla base dell'Art. III, tra una *original* ed una *appellate jurisdiction* della Corte Suprema (come vedremo ciò ha avuto particolare rilievo nella questione decisa in *Marbury v. Madison*). La prima concerne i casi relativi ad ambasciatori, rappresentanti diplomatici o consoli o quelli in cui sia parte uno Stato. All'interno di tale ambito, la Section 1251 del Title 28 U.S. Code distingue tra una *original and exclusive jurisdiction* – che si estende alle controversie tra due o più Stati – ed una *original but not exclusive jurisdiction*, che sussiste negli altri casi menzionati. Si tratta, peraltro, di una porzione decisamente marginale del carico di lavoro della Corte Suprema.

Negli altri casi, invece, essa esercita la *appellate jurisdiction*. Essa viene introdotta essenzialmente (e salvi casi particolari) in due forme: l'*appeal* o il *certiorari*. Nel primo caso la Corte interviene in terza battuta, dopo le Corti federali di prima istanza e di appello. Tale via di accesso alla Corte è stata quasi totalmente eliminata dal Congresso nel 1988, per cercare di ridurre il carico di lavoro del supremo organo giudiziario federale⁶⁵, al punto che «oggi infatti il *writ of certiorari* è praticamente l'unico mezzo per accedere al più alto tribunale degli Stati Uniti»⁶⁶. Per quanto riguarda quest'ultimo strumento, che ha subito una lunga

⁶¹ Essa fu attivata per il Giudice Samuel Chase nel 1804, ma non fu raggiunta la prescritta maggioranza. Sulla vicenda v. P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., 28, secondo cui il proscioglimento di Chase «favorì sia l'affermarsi di un criterio molto restrittivo per l'incriminazione dei giudici, sia il rafforzamento delle garanzie di indipendenza del potere giudiziario».

⁶² Sul tema, nella dottrina italiana, seppur con principale riferimento alla procedura di rimozione del Presidente degli Stati Uniti, v. G. NEGRI, *Impeachment*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 239 ss.; A. CERRI, *Impeachment*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; I. SIGISMONDI, *Impeachment*. Postilla di aggiornamento, *ivi*, 2007.

⁶³ Article II, Section 4, della Costituzione statunitense.

⁶⁴ Nella dottrina italiana, v. ancora P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale*, cit., spec. 29 ss.

⁶⁵ Ricostruisce il cammino che ha condotto all'adozione del Judiciary Act del 1988, F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema*, Milano, 2000, 15 ss.

⁶⁶ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., 63.

e complessa evoluzione⁶⁷, esso può essere attivato, in relazione a casi federali, su richiesta di ciascuna parte nei procedimenti civili e penali (28 U.S. Code §1254); e, per le controversie decise dalle più alte corti statali «where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States» (28 U.S. Code § 1257).

La Corte può accordare (*grant*) o negare il *writ of certiorari*, con ampio margine di discrezionalità; secondo quanto stabilisce la Rule 10 of the Supreme Court, infatti: «*A review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons*»⁶⁸. Per accordarlo è sufficiente la volontà di quattro giudici (c.d. *Rule of Four*: non è dunque necessaria la maggioranza dei componenti il collegio). Il diniego non richiede alcuna motivazione espressa⁶⁹.

Il potere della Corte di intervenire anche rispetto alle decisioni delle Corti statali su questioni rientranti nell'ambito del diritto federale⁷⁰ fu affermato, originariamente, in via giurisprudenziale: ciò è avvenuto, in particolare, mediante pronunce redatte, rispettivamente da Joseph Story⁷¹ e dal già citato John Marshall:

⁶⁷ V. BARSOTTI, *loc. ult. cit.*

⁶⁸ La disposizione così prosegue: «The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law».

⁶⁹ Un'analitica descrizione della procedura si trova in F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema*, cit., 41 ss.

⁷⁰ Cfr. L. FISHER, *American Constitutional Law*, cit., 43

⁷¹ Assai noto tra gli studiosi del diritto internazionale privato per aver dato il nome alla loro disciplina.

*Martin v. Hunter's Lessee*⁷² e *Cohens v. Virginia*⁷³. I casi che hanno origine a livello statale giungono alla Corte generalmente come appello di decisioni delle Corte supreme statali, salvo che non sia previsto altro rimedio a quel livello, nel qual caso la Corte riceve ricorsi avverso decisioni di corti minori.

Per quanto concerne la decisione, infine, nel sistema statunitense, come è noto, è prevista la totale pubblicità delle opinioni espresse dai singoli giudici (e, pertanto, anche il numero di voti attraverso i quali è stata approvata la decisione di maggioranza, oltre che l'imputazione soggettiva di ciascuno di essi). È riconosciuta, dunque, la facoltà dei giudici di redigere e far pubblicare, in calce alla *majority's opinion*, la propria opinione concorrente o dissenziente⁷⁴ (si tratta di una prassi che ebbe origine sotto la Presidenza Marshall, che innovò rispetto al precedente uso dei pareri resi *seriatim* dai singoli giudici)⁷⁵. Con una *concurring opinion*, un giudice manifesta il proprio consenso sulla decisione raggiunta dalla Corte ma manifesta il dissenso su uno o più punti della motivazione, ritenendo preferibile una diversa argomentazione (e, dunque, ritiene che si sia fatta «la cosa

⁷² 14 U.S. 304 (1816).

⁷³ 19 U.S. 264 (1821).

⁷⁴ Sul tema delle opinioni dissenzienti dei giudici della Corte Suprema americana, v., nella dottrina italiana, R. GIORDANO, *La motivazione della sentenza e l'istituto del dissenso nella pratica della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, 153 ss.; R. VACCARO, *Dissent e concurrences nella prassi della suprema corte degli Stati Uniti*, in *Foro Padano*, 1951, IV, 9 ss.; V. VARANO, *A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte Costituzionale: considerazioni sull'esperienza americana*, in A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Milano, 1995, 129 ss.; M. GORLANI, *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 maggio 2002; In generale, sull'istituto, oltre all'opera collettanea curata da Anzon, appena citata, v. C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964; C. MORTATI, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del dissent nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale. Atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con la Fondazione A. Olivetti e lo United States Information Service*, Firenze, 1966, 155 ss.; S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998; L. PACE, *La dissenting opinion. Considerazioni storico-comparatistiche*, in L. PACE-S. SANTUCCI-GIU. SERGES (a cura di), *Momenti di storia della giustizia*, Roma, 2011, 69 ss.; C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, Roma, 2012. Il più recente tentativo di introduzione di tale istituto nel nostro ordinamento, per quanto concerne le decisioni della Corte costituzionale, è rappresentato dal d.d.l. A.S. 1952 (prima firmataria la sen. Lanzillotta). Per un breve commento a tale proposta di legge (che intende conferire al giudice costituzionale anche nuovi poteri istruttori e la facoltà di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di accoglimento), sia consentito rinviare a A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: "nuovi" poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 dicembre 2015.

⁷⁵ Cfr. C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 238 ss.

giusta, per la ragione sbagliata»⁷⁶). L'opinione dissenziente, invece, rende noto un contrasto più radicale, che attiene all'esito della decisione della maggioranza della Corte (generalmente, ma si registrano numerose eccezioni nella più recente giurisprudenza, l'opinione dissenziente si conclude con l'elegante formula «I respectfully dissent»⁷⁷).

Laddove non si riesca ad arrivare ad una maggioranza, per il concorso di opinioni concorrenti e di parziale dissenso, ma vi sia comunque una convergenza sull'esito della controversia, si avrà una *plurality opinion*⁷⁸.

Al termine di questa (necessariamente sintetica) introduzione sulla Corte Suprema, è opportuno volgere lo sguardo alla decisione mediante la quale si è chiaramente affermato il controllo di costituzionalità negli Stati Uniti.

1.3 Marbury v. Madison

La vicenda concreta che ha dato origine ad una delle sentenze più famose della storia moderna⁷⁹ può essere qui rievocata anche solo per sommi capi – al fine di dedicare più ampio spazio al ragionamento svolto da Marshall per affermare il potere delle Corti di giudicare la legittimità costituzionale degli atti del potere legislativo – essenzialmente per due ragioni. In primo luogo, perché si tratta di vicenda assai nota; in secondo luogo perché, come è stato condivisibilmente affermato, una così grande decisione giudiziaria ebbe origine, in realtà, da un meschino battibecco partigiano e da un palese conflitto di interessi⁸⁰. Si tratta, effettivamente, di una vicenda che getta una luce di forte realismo su avvenimenti spesso presentati in veste quasi agiografica (il mito dei *Founding Fathers*),

⁷⁶ La citazione, come è noto, è di T. S. ELLIOT, *Assassinio nella cattedrale*. Essa è stata utilizzata, di recente, quale titolo di un articolo a commento di una sentenza della Corte di Cassazione da A. LONGO, «*La cosa giusta, per la ragione sbagliata*»: qualche spunto (e qualche perplessità) a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 26821/2014, in *RivistaAic.it*, Osservatorio costituzionale, novembre 2014.

⁷⁷ V. Note, *From Consensus to Collegiality: The Origins of the "Respectful" Dissent*, 124 *Harvard Law Review* 1305 (2011).

⁷⁸ Sul tema v. l'interessante studio di J. F. SPRINGS II-D. R. STRAUSS, *Explaining Plurality Decisions*, 99 *Georgetown Law Journal* 515 (2011).

⁷⁹ La decisione può essere letta, oltre che in lingua originale all'indirizzo internet citato nella prima nota del presente capitolo, sotto forma di un ampio estratto in lingua italiana all'indirizzo http://www.giurcost.org/casi_scelti/marbury.pdf.

⁸⁰ Così H. F. TEPKER, *Marbury's Legacy of Judicial Review after Two Centuries*, 57 *Oklahoma Law Review* 127 (2004), 130.

soprattutto per quanto riguarda la difficoltà della Corte Suprema di ritagliarsi il ruolo di prestigio che oggi (e da decenni) le è ormai riconosciuto.

Le elezioni presidenziali del 1800 avevano visto la vittoria dei Democratico-Repubblicani e la sconfitta del partito Federalista del Presidente uscente John Adams. Sulla base del dettato costituzionale allora vigente – prima dell’approvazione del XII emendamento – avendo ricevuto Thomas Jefferson e Aaron Burr lo stesso numero di voti, si rese necessario un voto di ballottaggio da parte della Camera dei rappresentanti⁸¹ (peraltro ancora a maggioranza federalista), per stabilire quale dei due candidati dovesse divenire Presidente e chi ricoprire il ruolo di Vice. Vinto il ballottaggio, Jefferson sarebbe entrato in carica il successivo 4 marzo.

Nel periodo intercorrente tra le elezioni e l’inizio della nuova Presidenza, dimessosi il *Chief Justice* in carica, il Presidente Adams nominò al vertice della Corte Suprema John Marshall⁸², suo Segretario di Stato, che cumulò per un breve periodo le due cariche (*o tempora, o mores!*).

Nei mesi di *lame-duck*⁸³ (che potremmo definire, con qualche forzatura, di *prorogatio*), il Congresso, come già detto ancora dominato dai federalisti, intraprese una serie di iniziative per cercare di protrarre l’influenza del partito

⁸¹ Article II, Sect. 1: «Gli Elettori si riuniranno nei rispettivi Stati e voteranno a scrutinio segreto per due persone, di cui almeno una non dev’essere un abitante del loro stesso Stato. Essi faranno una lista di tutte le persone che abbiano ottenuto voti, e del numero di voti ottenuto da ciascuno; la quale lista essi dovranno firmare, certificare e trasmettere sotto sigillo alla sede del Governo degli Stati Uniti, indirizzata al Presidente del Senato. Il Presidente del Senato, in presenza del Senato e della Camera dei Rappresentanti, aprirà tutte queste certificazioni e i voti saranno contati. La persona che avrà il maggior numero di voti sarà il Presidente, se tale numero rappresenta la maggioranza del totale degli Elettori nominati; e se c’è più di uno che ha questa maggioranza, e hanno un egual numero di voti, allora la Camera dei Rappresentanti deve immediatamente scegliere a scrutinio segreto uno di loro come Presidente; mentre se nessuno ha tale maggioranza, allora tra i primi cinque della lista la stessa Camera in modo analogo dovrà scegliere il Presidente. Però nello scegliere il Presidente i voti saranno dati per Stati, e la rappresentanza di ciascuno Stato disporrà di un voto. E a tal fine il *quorum* sarà costituito dalle rappresentanze, composte da una o più persone, dei due terzi degli Stati, e la maggioranza degli Stati sarà necessaria per la scelta. In ogni caso, dopo la scelta del Presidente, la persona che ha il maggior numero di voti degli Elettori sarà il Vice presidente. Ma se restano due o più che abbiano un egual numero di voti, il Senato sceglierà tra loro il Vice presidente a scrutinio segreto» (enfasi aggiunta).

⁸² Può non essere inutile sottolineare che Marshall fu la “seconda scelta” come nuovo Chief Justice, dopo il rifiuto di John Jay (che già aveva presieduto la Corte, al debutto di quest’ultima) [lo rammenta, tra gli altri, S. R. OLKEN, *The Ironies of Marbury v. Madison and John Marshall’s Judicial Statesmanship*, 37 *John Marshall Law Review* 391 (2004), 392 s.]. Tale «gran rifiuto» può essere indicato come sintomo dello scarso prestigio di cui era circondato il vertice del sistema giudiziario statunitense all’epoca.

⁸³ Letteralmente «anatra zoppa».

sconfitto anche nel periodo successivo al cambio di Amministrazione. Esso, tra l'altro, istituì nuove corti, conferendo al Presidente il potere di nominare i relativi giudici federali, e introdusse nuovi giudici di pace, con incarico quinquennale (ai giudici, come è noto, non si applica il c.d. *sistema delle spoglie*). Il Presidente uscente, John Adams, procedette rapidamente alla nomina e il procedimento di conferma da parte del Senato venne completato solo il 3 marzo, quasi allo spirare del mandato (c.d. giudici di mezzanotte)⁸⁴. Non tutte le notifiche dei provvedimenti di nomina – compito che spettava a Marshall quale Segretario di Stato – furono completate per tempo: tra di esse vi era quella indirizzata a William Marbury, incaricato di esercitare le funzioni di giudice di pace nel *District of Columbia*. Il nuovo Presidente Jefferson, appena entrato in carica, ordinò al proprio Segretario di Stato, Madison, di interrompere immediatamente il relativo procedimento.

Marbury allora si rivolse direttamente alla Corte Suprema, sulla base del *Judiciary Act* del 1789, chiedendo di ordinare (con un *writ of mandamus*) al nuovo Segretario di Stato di procedere con la notifica dei provvedimenti di nomina.

La Corte riconobbe l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione e la conseguente violazione del diritto del ricorrente, la cui nomina doveva considerarsi perfezionata nel momento in cui, dopo la sottoscrizione del relativo provvedimento da parte del Presidente, vi era stato apposto il sigillo da parte del Segretario di Stato (con funzione certificativa). Pur essendovi stata lesione del diritto del ricorrente – e pur essendo principio fondamentale quello per cui chi è lesa in suo diritto deve avere a disposizione un rimedio giuridico – la Corte ritenne di non poter intervenire.

Infatti, secondo la Corte Suprema, il *Judiciary Act* del 1789 aveva introdotto una nuova ipotesi di *original jurisdiction*, in contrasto con il sopra citato Article III, che costituisce, nell'interpretazione fornita dalla sentenza in esame, una norma a fattispecie esclusiva⁸⁵. Rilevato tale contrasto tra la disposizione di legge

⁸⁴ La vicenda è ripercorsa, tra gli altri, da H. F. TEPKER, *Marbury's Legacy of Judicial Review after Two Centuries*, cit., 129 ss. e da W. W. VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, 18 *Duke Law Journal* 1 (1969), 3 ss.

⁸⁵ «Se si fosse inteso lasciare alla discrezione del potere legislativo, di ripartire il potere giudiziario tra la Corte Suprema e le corti di grado inferiore, secondo la volontà di quell'organo, sarebbe stato sicuramente inutile procedere oltre nel definire il potere giudiziario e i tribunali a cui conferire tale

ordinaria e la Costituzione, la Corte si pose il problema di come risolvere l'antinomia, ritenendo di dover assicurare la prevalenza della Legge fondamentale.

Il ragionamento condotto nella sentenza viene comunemente così sintetizzato: a) la Costituzione è la legge suprema, che promana direttamente dal popolo; b) ogni legge contraria alla Costituzione è nulla; c) una legge nulla non deve essere applicata⁸⁶.

Secondo Marshall, più in particolare, vi sono esclusivamente due alternative teoriche, in caso di antinomia tra Legge fondamentale e legge ordinaria: o la Costituzione è superiore a qualsiasi atto dei poteri costituiti oppure il legislatore ordinario può modificare a suo piacimento la Legge fondamentale; rispetto ad esse *tertium non datur*; «se la prima alternativa è quella vera, allora una legge ordinaria, contraria alla Costituzione, non è legge; se è la seconda alternativa quella vera, allora le costituzioni scritte sono tentativi assurdi, da parte del popolo, di porre dei limiti a un potere per sua stessa natura non limitabile».

La Corte afferma, inoltre, in più passaggi, che la superiorità sia caratteristica coesistente di ogni Costituzione scritta⁸⁷ (argomento forse non pienamente convincente, quantomeno *a posteriori*, dal momento che si danno storicamente numerosi casi di Costituzioni scritte flessibili, rappresentando la scrittura solo il primo livello della rigidità costituzionale)⁸⁸.

potere. La parte successiva della sezione sarebbe superflua e senza alcun significato, se questa è l'interpretazione adottata. Se il Congresso rimane libero di conferire a questa Corte giurisdizione d'appello nei casi in cui la Costituzione ha previsto la giurisdizione di primo grado; e giurisdizione di primo grado nei casi in cui ha previsto giurisdizione d'appello, la ripartizione di giurisdizione, prevista dalla Costituzione, non sarebbe altro che forma senza sostanza. *Le espressioni affermative, sono spesso, nella loro operatività, negative riguardo agli oggetti diversi da quelli affermati; e in questo caso, si deve dar loro un senso negativo o esclusivo, a meno di non voler negare loro operatività».*

⁸⁶ In questi termini si esprime M. TROPER, *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, cit., 26. Nella dottrina italiana, v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 31, che riassumono così il percorso argomentativo di Marshall: «a) la costituzione è legge suprema; b) la legge ordinaria non può contraddire la costituzione poichè, altrimenti, questa non sarebbe suprema; c) nel caso di contrasto tra legge e costituzione, i giudici devono disapplicare la legge, per poter applicare la costituzione».

⁸⁷ «Coloro, invece, che contestano il principio, secondo il quale la Costituzione deve essere considerata dalle Corti come legge suprema, sono costretti ad affermare che le corti dovrebbero chiudere gli occhi davanti alla Costituzione e vedere solamente la legge. *Questo principio minerebbe il fondamento stesso di tutte le costituzioni scritte*»; «la particolare fraseologia della Costituzione degli Stati Uniti conferma e rafforza il principio, che si suppone essenziale a ogni costituzione scritta, che una legge contraria alla Costituzione è nulla, e che le corti, così come gli altri dipartimenti, sono vincolati da tale strumento».

⁸⁸ In tal senso F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, cit., 89, secondo cui «esistono tre gradi di rigidità: 1) la costituzione "scritta" presenta maggiore stabilità e resistenza al

Per quanto concerne il piano del diritto positivo, oltre ai numerosi limiti specifici che la Legge fondamentale pone nei confronti della legge ordinaria (che costituiscono argomento per affermare la superiorità della prima sulla seconda)⁸⁹, nella sentenza si richiama l'Article III, per rilevare come la Costituzione sia la prima fonte del diritto menzionata in tale disposizione, sottolineando inoltre che, come già si accennava, i Costituenti avessero riconosciuto solo alle leggi conformi a Costituzione il ruolo di legge suprema del Paese⁹⁰ (v. quanto già accennato in precedenza).

Si richiama, infine, anche il giuramento di fedeltà alla Costituzione che i giudici sono tenuti a prestare prima di prendere possesso del loro ufficio⁹¹.

È appena il caso di osservare che le argomentazioni del Chief Justice Marshall sono state sottoposte a varie critiche da parte della dottrina, anche in tempi a noi molto vicini⁹²: effettivamente, negli Stati Uniti, non è sopito il dibattito (che è stato definito una vera ossessione⁹³) sulla c.d. difficoltà contro-

mutamento; i mutamenti o le deroghe delle istituzioni e dei principi fondamentali sono *in fatto* più difficili, incontrando maggiori opposizioni o resistenze (**rigidità in senso lato**) [...]; 2) la maggiore stabilità e resistenza al mutamento è ulteriormente garantita (**alla seconda potenza**) dalle eventuale previsione di un apposito procedimento per la modificazione delle sue parti (**rigidità in senso stretto**) [...]. 3) La garanzia risulta potenziata (alla terza potenza) se viene previsto esplicitamente il controllo di conformità di qualsiasi altra norma alle norme costituzionali» (corsivi e grassetti dell'Autore).

⁸⁹ Ad esempio, il divieto di leggi retroattive.

⁹⁰ «È anche degno di considerazione il fatto, che nel dichiarare ciò che sarà la legge sovrana, è la Costituzione la prima a essere menzionata, e assumono il rango di legge non le leggi degli Stati Uniti in generale, ma solamente le leggi che siano state emanate conformemente alla Costituzione».

⁹¹ «Da questi, e da molte altre selezioni che si potrebbero fare, è chiaro che i costituenti intendevano la Costituzione come strumento vincolante per le corti, oltre che per il potere legislativo. Perché altrimenti obbligherebbe i giudici a prestare giuramento di fedeltà alla Costituzione? Questo giuramento sicuramente si applica in maniera particolare ai loro doveri nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali. Quanto sarebbe immorale imporre loro il giuramento, se dovessero poi essere usati come gli strumenti, oltretutto consapevoli, per la violazione di ciò che giurano di osservare! Anche il giuramento d'ufficio, imposto dal potere legislativo, dimostra chiaramente l'opinione legislativa sull'argomento. Si sostanzia in queste parole: "Giuro solennemente che amministrerò la giustizia, senza parzialità, e tratterò allo stesso modo i poveri ed i ricchi, e che adempirò fedelmente e in modo imparziale ai miei doveri di [...], al meglio delle mie possibilità e del mio giudizio, in accordo con la Costituzione e le leggi degli Stati Uniti". Perché i giudici giurano di adempiere alle loro funzioni nel rispetto della Costituzione degli Stati Uniti, se questa Costituzione non costituisce una regola per l'esercizio delle sue funzioni? Se è chiusa nei suoi confronti e non può ispezionarla? Se è questo il reale stato delle cose, questo è peggio di una solenne derisione. Prescrivere, o prestare questo giuramento, diventano allo stesso modo un crimine».

⁹² Sul tema la letteratura è davvero ampia: v., *ex multis*, W. TRICKETT, *Marbury v. Madison: a Critique*, 53 *American Law Review* 737 (1919); R. F. NAGEL, *Marbury v. Madison and Modern Judicial Review*, 38 *Wake Forest Law Review* 613 (2003).

⁹³ Cfr. B. FRIEDMAN, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: the Road to Judicial Supremacy*, 73 *New York University Law Review* 333 (1998), 334, secondo cui «The

maggioritaria, la possibilità cioè di conciliare *judicial review* e sovranità popolare. Ridotto all'essenziale, il problema è come ammettere che nove giudici – non eletti dal popolo e non responsabili dinanzi ad esso – possano porre nel nulla le deliberazioni dell'organo rappresentativo. È chiaro che, per chi voglia attaccare il *judicial review*, *Marbury v. Madison* (grazie al suo carattere iconico) costituisce un bersaglio privilegiato.

Come è stato osservato in dottrina, il principio affermato in questa decisione era dotato di capacità espansiva in due direzioni: verso il basso, giustificando il controllo diffuso anche da parte delle corti inferiori, ma anche nei confronti delle giurisdizioni statali (avendo ciascuno Stato, come è noto, una propria Costituzione ed un proprio apparato giudiziario)⁹⁴. Non solo: con la successiva sentenza *Fletcher v. Peck*⁹⁵, la Corte riconobbe definitivamente il proprio potere di giudicare la legittimità costituzionale (alla stregua, si intende, della Costituzione federale) delle leggi approvate dagli organi legislativi dei vari Stati⁹⁶. Si tratta del c.d. controllo verticale⁹⁷, la cui importanza è sottolineata nella seguente icastica affermazione del Giudice Holmes: «I do not think the United States would come to an end if we lost our power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several States»⁹⁸.

Da un punto di vista più generale, sembra essere comunemente (ancorché implicitamente) ritenuto, quantomeno da questo lato dell'Oceano, che *Marbury v. Madison* abbia costituito *una sorta di creazione (in senso teologico) della giustizia costituzionale*⁹⁹: non vi era nulla prima¹⁰⁰, vi è stata definitivamente la giustizia

“countermajoritarian difficulty” has been the central obsession of modern constitutional scholarship».

⁹⁴ P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., 9.

⁹⁵ 10 U.S. 6 Cranch 87 (1810).

⁹⁶ Cfr., in tal senso, L. FISHER, *loc. cit.*

⁹⁷ Per tale espressione, v. K. E. WHITTINGTON, *Judicial Review of Congress Before the Civil War*, 97 *Georgetown Law Journal* 1257 (2009), 1258, nota 4: «By “horizontal” judicial review, I mean judicial review of the coordinate branches of the government by the courts, which is in contrast to “vertical” judicial review in which the Court reviews the constitutionality of the actions of the state and local governments under the U.S. Constitution».

⁹⁸ HOLMES, *Collected legal papers* 295-96 (1920), cit. da W. W. VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, cit., 44.

⁹⁹ Con metafora non creazionista, critica l'idea che *Marbury v. Madison* abbia costituito il “Big Bang” della giustizia costituzionale K. E. WHITTINGTON, *Judicial Review of Congress Before the Civil War*, cit., 1258.

costituzionale dopo. Tale posizione – senza voler obliterare l'importanza della decisione in commento – in realtà può essere agevolmente confutata, sia per il *prius* che per il *posterius*. Per quanto concerne il periodo “avanti Marbury”, si impongono due osservazioni: anzitutto che, nei dibattiti costituenti, molti ritenessero implicito che la Costituzione dovesse essere garantita dai giudici attraverso l'esercizio del potere di *judicial review*¹⁰¹; in secondo luogo, come la dottrina ha messo in luce, vi furono non pochi casi di *judicial review* operati da Corti statali e federali (e, forse, dalla stessa Corte Suprema)¹⁰². Per quanto concerne il periodo successivo, l'affermazione di tale potere avvenne gradualmente, senza poter ripercorrere le vicende di quell'epoca, è comunque significativo sottolineare che la decisione di cui qui ci stiamo occupando non fu riconosciuta nell'importanza che oggi le attribuiamo per un lungo periodo di tempo: è interessante notare che essa non venne citata dalla stessa Corte Suprema – per quanto concerne il potere di *judicial review* – per oltre ottanta anni¹⁰³, pur essendovi state numerose occasioni di esercizio di tale potere¹⁰⁴. Non solo: i più importanti lavori scientifici del XIX secolo, salve significative ma isolate eccezioni, ignorarono la decisione *Marbury v. Madison*¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Allorché «In principio, Dio creò il cielo e la terra»: Genesi, I,1.

¹⁰¹ Oltre a quanto osservato supra, anche in riferimento ai *Federalist Papers*, v. anche J. R. SAYLOR, *Judicial Review prior to Marbury v. Madison*, 7 *Southwestern Law Journal* 88 (1953), 89, secondo cui «there can be no doubt that the majority of the members of the Federal Convention of 1787 believed that the Constitution would secure to the courts the right to pass on the validity of the acts of Congress».

¹⁰² Tra le ricerche più complete, v. W. M. TREANOR, *Judicial Review Before Marbury*, 58 *Stanford Law Review* 455 (2005). Per quanto concerne il supremo organo giurisdizionale statunitense, il controllo di costituzionalità sarebbe stato svolto anche in circostanze precedenti, ma la Corte avrebbe concluso – utilizzando qui impropriamente una terminologia italiana – per la «non fondatezza della questione». *Marbury v. Madison* costituirebbe, dunque, non il primo caso di controllo di costituzionalità, ma semplicemente la prima «decisione di accoglimento». Nella dottrina italiana, riferimenti sono in B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008, 169 ss.

¹⁰³ In questo senso R. L. CLINTON, *Precedent as mythology: a Reinterpretation of Marbury v. Madison*, 35 *American Journal of Jurisprudence* 55 (1990), 55 s.

¹⁰⁴ Secondo B. BARBISAN, *L'invenzione della Marbury v. Madison*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, n. 11, 148, la Corte Suprema dichiarò una legge illegittima per una sola volta nel periodo tra il 1803 e il 1864, diciannove volte (in relazione ad atti normativi del Congresso) tra il 1865 e il 1894. La declaratoria di illegittimità riguardò inoltre 171 leggi statali nel periodo tra il 1865 e il 1898.

¹⁰⁵ Riferimenti sono in B. BARBISAN, *L'invenzione della Marbury*, cit., 148 s., la quale osserva conclusivamente: «Per essere stata il Big Bang della giustizia costituzionale negli Stati Uniti, la dirompenza e la tempestività con cui i suoi effetti vennero propagandosi non furono propriamente quelli di una deflagrazione» (*ivi*, 149).

Non si vuole qui contraddire quanto affermato in apertura di capitolo: ad avviso di chi scrive, un conto è dire che la giustizia costituzionale sia sorta nell'esperienza statunitense (opinione che qui senz'altro si condivide), altro è enfatizzare – oltre la giusta misura – il ruolo di una singola pronuncia giurisdizionale che, solo in epoca successiva, è stata riconosciuta e celebrata come emblematico (e forse convenzionale) punto di partenza del moderno controllo sulla legittimità costituzionale degli atti del potere legislativo.

1.4 *Le caratteristiche del sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti*

Restano da ricapitolare, in modo sintetico – prima di entrare nel vivo del discorso – quali siano le caratteristiche del controllo di costituzionalità nell'esperienza d'Oltreoceano, eponima (ed archetipica) del c.d. modello americano¹⁰⁶ (o di *judicial review of legislation*¹⁰⁷).

1. Dal punto di vista della *competenza* a verificare la conformità degli atti del potere politico alla Costituzione, si tratta di un controllo *diffuso*, in quanto «è riconosciuto ad ogni e qualsiasi giudice, chiamato a far applicazione di una determinata legge in un caso concreto, il potere di accertarne preliminarmente la conformità a costituzione, disapplicandola nel caso la ritenga incostituzionale»¹⁰⁸. Il modello americano non conosce, infatti, il c.d. *privilegio del legislatore*¹⁰⁹, ossia l'esistenza di un giudice speciale

¹⁰⁶ Sulle differenze tra sistema austriaco e sistema statunitense di giustizia costituzionale, v. il celebre studio del padre del c.d. “modello europeo” H. KELSEN, *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitution* [1942], trad. it. *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, 293 ss. Le differenze tra i due modelli sono sinteticamente tratteggiate, tra gli altri, da T. GROPPI, *Giustizia costituzionale comparata*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 2793 ss.

¹⁰⁷ Come rileva A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. Dir.*, Annali I, 2007, 674 s., i principali casi di applicazione del controllo diffuso, oltre a quello degli Stati Uniti, «sono costituiti da quello dell'Argentina [...], da quello dell'Australia [...], da quello del Canada [...], da quello delle Filippine [...], da quello della Finlandia [...]; da quello del Giappone [...], da quello della Grecia [...], da quello dell'India [...], da quello di Israele [...], da quello della Norvegia [...] e da quello della Svezia». Su tali sistemi, v. i contributi raccolti nei volumi a cura di L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, 2 voll., Padova, 2009-2011.

¹⁰⁸ Secondo la definizione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II.2. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, V ed. interamente riveduta e aggiornata, Padova, 1984, 259.

¹⁰⁹ Come ricorda G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, nota 16, tale espressione fu impiegata, per la prima volta, in una decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco del 1952 (BVerfG, I Senato, 20 marzo 1952).

abilitato a svolgere il controllo di costituzionalità, che sappia tenere in considerazione, oltre alle esigenze del diritto, anche quelle della politica¹¹⁰ (anche in ragione della sua particolare composizione).

2. Dal punto di vista modale, si tratta di un controllo (tendenzialmente)¹¹¹ *incidentale*, giacché «le questioni di costituzionalità delle leggi non possono essere sottoposte al giudizio degli organi giudiziari [...] in un apposito e autonomo processo costituzionale instaurato *ad hoc* con apposita azione»¹¹².
3. Per ciò che attiene all'*oggetto* del sindacato, esso è costituito tanto da leggi, statali o federali, quanto da atti del potere esecutivo (statale o federale) o di un ente territoriale¹¹³.
4. Quanto al momento cronologico in cui avviene il sindacato, si tratta ovviamente di un controllo di tipo *successivo*, dal momento che esso ha ad oggetto atti già entrati in vigore (né potrebbe essere diversamente in un sistema non accentrato).
5. Il controllo è *concreto*, non riguarda cioè l'astratta disposizione, ma una norma¹¹⁴ nella sua applicazione ad un caso «in cui sono in discussione interessi concreti dei consociati»¹¹⁵. Peraltro è stato recentemente sottolineato il valore solo tendenziale di tale carattere del controllo di costituzionalità statunitense, dandosi numerosi casi di *facial challenges* (in contrapposizione ai tradizionali *as-applied challenges*, in cui ad essere

¹¹⁰ Come sottolineato da G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 263, nota 4, il tema affiorò negli interventi degli on. Laconi e L. Einaudi nel dibattito in Assemblea Costituente.

¹¹¹ A questo proposito C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta Online*, Studi 2013, par. 5, sottolinea che «non raramente» il *case* sottoposto alle Corti «consiste in un'azione di accertamento dell'incostituzionalità della legge, eventualmente accompagnata dalla richiesta di un'ingiunzione a non applicare la legge. La questione di costituzionalità, dunque, viene sollevata non per reagire ad un'applicazione della legge (o alla sanzione per la violazione della legge) ma a scopi *preventivi*» (corsivo dell'A).

¹¹² M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., 90.

¹¹³ Cfr. G. PILI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti d'America*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., 639.

¹¹⁴ Si utilizzano qui i termini «disposizione» e «norma» nel significato elaborato dalla dottrina italiana a partire dalla celebre voce di V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.

¹¹⁵ A. CELOTTO-F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, II ed., Torino, 2015, 693.

oggetto della questione è l'intera disposizione, sotto ogni possibile profilo)¹¹⁶.

6. La natura della pronuncia con cui si afferma l'incostituzionalità è *dichiarativa* e non costitutiva: la legge contraria alla Costituzione, come affermato sin da *Marbury v. Madison*, è nulla (*void*)¹¹⁷.
7. La pronuncia si rivolge formalmente alle sole parti del giudizio¹¹⁸: solo per l'applicazione del vincolo del precedente¹¹⁹, la legge viene ad essere eliminata dall'ordinamento, seppur in via di fatto (si discorre, a tale riguardo, di *dead laws*, leggi «esistenti ma non più vigenti»¹²⁰).
8. La dichiarazione di incostituzionalità ha, generalmente, *effetti retroattivi*, anche se la Corte Suprema ha utilizzato talvolta la tecnica del *prospective overruling* per limitare gli effetti esclusivamente *pro futuro*¹²¹.

Alla luce di quanto affermato *sub* 1) e, più in generale della ricostruzione di cui ai paragrafi precedenti, appare opportuno sottolineare espressamente che la Corte Suprema federale non beneficia di «alcuna specializzazione funzionale»¹²², agendo solo *de facto*, ma non anche *de jure*, come un organo di giustizia costituzionale.

¹¹⁶ Per tale distinzione, nella dottrina italiana, v. O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 71 ss.

¹¹⁷ Laddove, invece, le sentenze della Corte costituzionale italiana, secondo l'opinione che appare preferibile sono «costitutive» o di «accertamento costitutivo» (così F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento. I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 5). In tal senso si esprimono anche, *ex multis*, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II.2*, cit., 388; S.M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014, 90. Come è noto, peraltro, una opinione minoritaria ritiene che l'incostituzionalità, nel nostro ordinamento vada ricostruita in termini di radicale nullità (cui consegue la natura meramente dichiarativa della sentenza della Corte): v. V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 514 ss.

¹¹⁸ In caso di dichiarazione di incostituzionalità «la legge così censurata, non è distrutta; la sua forza morale è diminuita; ma il suo effetto materiale non è sospeso. Solo a poco a poco, sotto i colpi ripetuti della giurisprudenza, essa soccombe»: A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America [1835-1840]* Milano, 2004, 104.

¹¹⁹ Sul precedente, in generale, v. V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002; U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988; ID., *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, 148 ss.

¹²⁰ S. M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, cit., 8.

¹²¹ Nella dottrina italiana, riferimenti sono in M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 341 ss. e P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale*, cit., 76 ss.

¹²² O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 63.

2. *La presunzione di costituzionalità* (presumption of constitutionality)

Prima di affrontare il discorso relativo allo *strict scrutiny*, è necessario dedicare qualche breve cenno ad un tema che, come si dirà, è ad esso strettamente collegato: quello della c.d. presunzione di costituzionalità (*presumption of constitutionality*).

L'affermazione del *judicial review of legislation* – diversamente da quanto si potrebbe pensare per effetto della “mitologia” di *Marbury v. Madison*¹²³ – non fu totalmente pacifica, ma anzi venne contrastata, non solo politicamente, ma persino da una parte della giurisprudenza. È rimasta celebre¹²⁴, a tale riguardo, una forte presa di posizione del Giudice Gibson della Suprema Corte della Pennsylvania, il quale, ben ventidue anni dopo *Marbury v. Madison*, in una opinione dissenziente¹²⁵, criticò nettamente il fondamento di siffatto potere¹²⁶.

Gli stessi sostenitori dell'esistenza del potere dei giudici di controllare la validità costituzionale degli atti del potere politico riconobbero l'esigenza di porre un qualche argine per contenere usi troppo disinvolti di questa fondamentale (ma pericolosamente contromaggioritaria) funzione. Non vi è dubbio, infatti – *a fortiori* in un ordinamento che si fonda, almeno all'origine, su una rigida concezione della separazione dei poteri – che la decisione di dichiarare una legge incostituzionale sia, come affermato da un illustre giudice, «il più difficile e delicato compito» che le Corti sono chiamate ad assolvere¹²⁷.

Tra gli strumenti utilizzati per (auto)limitare il potere di *judicial review* vi è proprio quello di riconoscere, in favore della disposizione scrutinata, una

¹²³ Si mutua l'espressione di B. BARBISAN, *Nascita di un mito*, cit., 17.

¹²⁴ V., tra gli altri, J. HARRISON, *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, 84 *Virginia Law Review* 333 (1998), 334, il quale ricorda anche il successivo mutamento di opinione del Giudice Gibson. Tale *opinion* è ricordata anche da J. Bradley Thayer, nel saggio di cui ci occuperemo *infra* nel testo.

¹²⁵ *Eakin v. Raub*, 12 Sergeant & Rawle (Pennsylvania Supreme Court) 330 (1825).

¹²⁶ In particolare, il Giudice Gibson affermava che il *judicial review* comporta inevitabilmente una supremazia del potere giudiziario rispetto al legislatore, la quale non trova fondamento in alcuna previsione costituzionale («in what part of the Constitution are we to look for this proud preeminence?», si domandava retoricamente). Per completezza è necessario sottolineare che tale lettura della citata *dissenting opinion* è stata confutata da R. L. CLINTON, *Eakin v. Raub: Refutation or Justification of Marbury v. Madison*, 4 *Constitutional Commentary* 81 (1987). Effettivamente, sembra che il Giudice Gibson critichi il *judicial review* solo con riferimento alle Costituzioni statali, non anche a quella federale.

¹²⁷ Così il Giudice Holmes nella sua opinione concorrente a *Blodgett v. Holden*, 275 U.S. 142 (1927), 148: «the gravest and most delicate duty that this Court is called on to perform».

presunzione di costituzionalità: in termini di prima approssimazione, ciò significa che le Corti concedono «una qualche deferenza al legislatore, e la parte che [...] contesta la legittimità [di una norma] ha l'onere di dimostrarne l'illegittimità»¹²⁸.

Per ragioni agevolmente intuibili, alle origini del controllo di costituzionalità – negli anni della sua progressiva ma inarrestabile affermazione – tale presunzione veniva assunta in termini particolarmente rigorosi. Nel già citato *Federalist* n. 78, Hamilton – pur senza utilizzare l'espressione di cui ci stiamo occupando – sosteneva che i giudici potessero dichiarare nulli solo quegli atti contrari all'«evidente significato della Costituzione»¹²⁹. Implicitamente, ma non per questo meno chiaramente, dunque, Hamilton affermava che il dubbio dovesse giocare a vantaggio del legislatore democratico.

Affermazioni ancor più nette si trovano nella giurisprudenza federale delle origini: lo stesso John Marshall, nella già richiamata decisione *Fletcher v. Peck*, scrisse che «it is not on slight implication and vague conjecture that the legislature is to be pronounced to have transcended its powers, and its act to be considered void. The opposition between the Constitution and the law should be *such that the judge feels a clear and strong conviction of their incompatibility with each other*»¹³⁰.

Prese di posizione analoghe sono frequenti nella successiva giurisprudenza della Corte Suprema federale¹³¹, mentre la specifica espressione «presunzione di costituzionalità» è assai più recente: secondo una precisa ricostruzione dottrinale, essa fu utilizzata dapprima in una decisione del 1890 – seppur come una sorta di *relata refero*¹³² – in una del 1914 nella *opinion* di un singolo giudice¹³³ e, infine, da parte di una maggioranza della Corte Suprema solo nel 1931¹³⁴.

¹²⁸ E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage*, cit., 107. V. anche L. A. WARSOFF, *The Weight of the Presumption of Constitutionality Under the Fourteenth Amendment*, 18 *Boston University Law Review* 319 (1938), 319: «It is often said that there exists in favor of the constitutionality of a statute a presumption which will suffice to uphold the statute *in the absence of a presentation by the attacking party of a matter sufficient to overcome the presumption*» (enfasi aggiunta).

¹²⁹ Secondo una traduzione letterale. Nella versione curata da G. Sacerdoti Mariani, A. HAMILTON, *Il Federalista* n. 78, cit., 392, si fa riferimento alle «leggi manifestamente in contrasto con la Costituzione».

¹³⁰ *Fletcher v. Peck*, cit., 128.

¹³¹ Si vedano, ad esempio, *Powell v. Pennsylvania*, 127 U. S. 678, 127 U. S. 684-685 (1888); *United States v. Des Moines N. & R. Co.*, 142 U. S. 510, 142 U. S. 544-545 (1892).

¹³² *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890), 442 s., in cui la Corte riferisce le conclusioni di un giudice statale.

La più nota (ed intransigente) teorizzazione della presunzione di legittimità si deve a James Bradley Thayer e, in particolare, ad un suo frequentemente citato articolo¹³⁵ apparso nel 1890 sulla *Harvard Law Review*¹³⁶. Secondo tale Autore, la responsabilità prima dell'interpretazione del testo costituzionale ricade in capo al legislatore¹³⁷, dovendo i giudici esclusivamente fissare i limiti esterni di una ragionevole azione legislativa. L'Autore valorizza, tra l'altro, la natura incidentale e successiva del controllo di costituzionalità che, a suo avviso, testimonierebbe i limiti ristretti entro i quali il potere di *judicial review* (qualitativamente diverso dagli ordinari compiti dell'autorità giudiziaria) può essere esercitato¹³⁸.

Da ciò discenderebbe che le corti possono sanzionare l'azione del legislatore non quando quest'ultimo ha commesso un semplice errore, ma quando tale errore sia «talmente evidente da non poter essere oggetto di un dibattito razionale»¹³⁹.

A Thayer si deve anche la prima (ed embrionale) enunciazione di quello che diverrà il c.d. *rational basis review* e del quale ci occuperemo *infra*: qualunque

¹³³ *The Pipe Line Cases*, 234 U.S. 548 (1914), 575 (McKenna, J., *dissenting*): «But, while making this concession, and giving to the legislation in question the presumption of constitutionality to which all legislation is entitled, I am yet constrained to say that it transcends the limits of the power of regulation, and takes property without due process of law».

¹³⁴ *O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.*, 282 U.S. 251 (1931), 257 s.: «As underlying questions of fact may condition the constitutionality of legislation of this character, the presumption of constitutionality must prevail in the absence of some factual foundation of record for overthrowing the statute». In realtà, la Corte richiama, a sostegno di tale affermazione, numerosi precedenti, risalenti addirittura agli anni '80 del secolo precedente, in cui comparivano affermazioni sostanzialmente analoghe; si v. la nota 3 alla citata sentenza: «*Close v. Glenwood Cemetery*, 107 U. S. 466, 107 U. S. 475; *Powell v. Pennsylvania*, 127 U. S. 678, 127 U. S. 685; *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.*, 220 U. S. 61, 220 U. S. 79, 220 U. S. 83; *Chicago Dock Co. v. Fraley*, 228 U. S. 680, 228 U. S. 687; *Rast v. Van Deman & Lewis Co.*, 240 U. S. 342, 240 U. S. 357; *Wampler v. Lecompte*, ante, p. 282 U. S. 172. Compare *Minnesota Rate Cases*, 230 U. S. 352, 230 U. S. 461; H. W. Bikle, «Judicial determination of facts affecting the constitutional validity of legislative action», 38 *Harv. L. Rev.* 6». Muto tali informazioni (comprese quelle di cui alle due note precedenti) da E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 107, nota 36.

¹³⁵ Addirittura dalla dottrina spagnola: v. V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional*, cit., 134 ss.

¹³⁶ J. B. THAYER, *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harvard Law Review* 129 (1893).

¹³⁷ J. B. THAYER, *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, cit., 136.

¹³⁸ J. B. THAYER, *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, cit., 144.

¹³⁹ J. B. THAYER, *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, cit., 144.

scelta del legislatore, a meno che non si dimostri che essa è irrazionale, deve essere ritenuta legittima¹⁴⁰.

Le ragioni che l'Autore invoca per tale conclusione sono essenzialmente due: *una prima, che attiene alla realtà sociale e alla necessità di governarla* (la pluralità e la complessità delle esigenze di governo rende assai opinabile la ragionevolezza di una determinata scelta rispetto ad altre, pur possibili); ed una seconda ragione che si fonda sulla *natura stessa degli enunciati costituzionali* (aperti ad una pluralità di possibili interpretazioni).

Quella patrocinata dall'Autore citato, tuttavia, non è l'unica declinazione della presunzione di legittimità conosciuta dalla giurisprudenza (anzi, a ben vedere è quella oggi, e da qualche decennio, recessiva), secondo quanto immediatamente si dirà.

Nell'affrontare il tema, ci rifaremo alle riflessioni di attenta dottrina che, pochi anni or sono, ha affrontato le più rilevanti questioni in tema di presunzione di costituzionalità.

L'Autore, in primo luogo, ha ben distinto tra una deferenza *fattuale* e una deferenza *interpretativa* (quella patrocinata da Thayer, nell'articolo poc'anzi richiamato). Con la prima, si intende che le corti devono presumere *l'esistenza dei fatti necessari a soddisfare il test di legittimità* a cui si sta sottoponendo la norma in questione¹⁴¹. Per utilizzare direttamente le parole della Corte Suprema, «if any state of facts reasonably can be conceived that would sustain [the challenged legislation], there is a presumption of the existence of that state of facts»¹⁴².

Un esempio potrebbe essere utile a chiarire la questione: se il Congresso vieta il commercio interstatale di un certo prodotto perché dannoso per la salute, le Corti sono tenute a presumere che effettivamente esso lo sia, dovendosi dimostrare il contrario.

Per quanto concerne la *deferenza interpretativa* (anche chiamata *legal deference*), essa consiste nel presumere la correttezza dell'interpretazione della

¹⁴⁰ J. B. THAYER, *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, cit., 144: «whatever choice is rational is constitutional».

¹⁴¹ F. A. HESSICK, *Rethinking the presumption*, cit., 1452.

¹⁴² *Borden's Farm Prods. Co. v. Baldwin*, 293 U.S. 194 (1934), 209.

Costituzione fornita dal legislatore; in tal caso le Corti si dovrebbero limitare a censurare esclusivamente interpretazioni implausibili¹⁴³.

Tale forma di deferenza sembra avere poco permeato la giurisprudenza della Corte Suprema, che sarebbe poco incline ad assumere un atteggiamento deferente nei confronti del Congresso quanto alla esatta individuazione del significato degli enunciati contenuti nella Legge fondamentale. A tale riguardo, si usa richiamare una (forse infelice) affermazione contenuta nella sentenza *Cooper v. Aaron*¹⁴⁴ – sovente bersaglio polemico dei critici dell’attivismo giudiziale – che riconosce la supremazia del giudiziario nel campo dell’ermeneutica costituzionale¹⁴⁵. Effettivamente, se così non fosse le Corti dovrebbero riconoscere la correttezza di qualsivoglia interpretazione della Costituzione fornita dal legislatore, purché plausibile: data l’inevitabile vaghezza e genericità degli enunciati costituzionali (collegati alla superba ambizione della Legge fondamentale di durare nel tempo)¹⁴⁶ ciò produrrebbe l’effetto di restringere oltre misura i limiti dell’intervento del potere giudiziario.

Quanto al fondamento della presunzione di legittimità, è stato rilevato come le Corti abbiano invocato una pluralità di ragioni giustificatrici (ragioni che la medesima dottrina che stiamo qui richiamando ritiene poco convincenti per giustificare la deferenza fattuale).

In primo luogo, vi sarebbe il dovuto rispetto per un potere dello Stato equiparato al giudiziario (quando si tratta di norme approvate dal Congresso)¹⁴⁷. È noto, peraltro, che tale presunzione si applica comunemente non solo alla

¹⁴³ F. A. HESSICK, *Rethinking the presumption*, cit., 1455 ss.

¹⁴⁴ 358 U.S. 1 (1958).

¹⁴⁵ «This decision [Marbury v. Madison] declared the basic principle that *the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution*, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system. It follows that *the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land*» (enfasi aggiunta). L’affermazione secondo cui spetta alla Corte l’ultima parola nell’interpretazione costituzionale è stata ripresa in altre decisioni, come ricorda F. A. HESSICK, *Rethinking the presumption*, cit., 1456, nota 36.

¹⁴⁶ C. PINELLI, *Il dibattito sull’interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, vol. III, 1681.

¹⁴⁷ F. A. HESSICK, *Rethinking the Presumption*, cit., 1462 ss., il quale rileva come tale ragione non giustifichi la presunzione di legittimità, la quale sarebbe al contempo troppo «stretta» e troppo «larga». Da un lato, infatti, occorrerebbe manifestare deferenza esclusivamente in quei casi in cui le assemblee legislative abbiano effettivamente risolto affermativamente il problema della costituzionalità della normativa che stanno discutendo (e ciò di norma non accade). Dall’altro lato essa sarebbe troppo stretta alla luce delle eccezioni che le stesse corti hanno individuato, casi in cui la presunzione è rovesciata (di questo ci occuperemo infra).

legislazione federale ma anche a quella dei singoli Stati, come affermato in una pluralità di occasioni da parte della Corte suprema¹⁴⁸: in questo caso il fondamento della stessa risiederebbe nel rispetto del principio federale.¹⁴⁹

Una seconda ragione andrebbe ricercata nel principio democratico¹⁵⁰ e nella conseguente responsabilità politica dei rappresentanti del popolo dinanzi al corpo elettorale; a tale *ratio* è collegata una certa fiducia nel processo democratico di riformare scelte legislative improvvide.

Ancora, si è fatto leva su di un ragionamento consequenzialista: gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità incidono in modo più pesante sul processo democratico, nel senso di inibire, con effetti che trascendono il caso deciso, future simili azioni da parte del legislatore, laddove un'erronea "dichiarazione di rigetto" (sia consentito utilizzare un'espressione tipicamente italiana) non preclude la possibilità che sia lo stesso corpo elettorale a sanzionare le scelte dei propri rappresentanti alla successiva tornata elettorale¹⁵¹.

Si è invocata, infine, la migliore posizione del legislatore nel valutare la situazione da disciplinare, per la maggiore conoscenza delle situazioni che intende normare (ciò dovrebbe valere, per la maggiore prossimità alle comunità amministrative, ancor più per le assemblee legislative statali che per il Congresso)¹⁵²: si tratta di un atteggiamento che le Corti tendono a mantenere anche nei loro reciproci rapporti (le *appellate courts* rispetto alle valutazioni di fatto svolte dalle *district courts*)¹⁵³.

Una recente dottrina peraltro ha sostenuto, in modo che a chi scrive non pare pienamente convincente, che la presunzione di legittimità dovrebbe essere "tarata" in base (secondo una proporzionalità diretta) al numero di voti favorevoli ricevuti dalla legge oggetto del controllo di costituzionalità: in altri termini, la presunzione dovrebbe essere tanto più forte, quanto più ampio è il margine di approvazione della legge da parte del Congresso.

¹⁴⁸ E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 108, nota 38.

¹⁴⁹ A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 *Vanderbilt Law Review* 793 (2006), 802.

¹⁵⁰ F. A. HESSICK, *Rethinking the Presumption*, cit., 1466.

¹⁵¹ F. A. HESSICK, *ibidem*.

¹⁵² F. A. HESSICK, *Rethinking the Presumption*, cit., 1472.

¹⁵³ F. A. HESSICK, *loc. ult. cit.*

Ciò dovrebbe avvenire sulla base delle seguenti ragioni: 1) per rispetto del principio democratico (*recte*, per implementare i valori democratici e smussare la difficoltà contromaggioritaria)¹⁵⁴; 2) per la maggiore probabilità che la legge approvata a larga maggioranza sia effettivamente rispettosa della Costituzione¹⁵⁵; 3) al fine di preservare ed incrementare la legittimazione del potere giudiziario¹⁵⁶; 4) per la relativa oggettività di tale soluzione rispetto alle altre prospettate in dottrina per cercare di superare, o di smorzare, la difficoltà contromaggioritaria¹⁵⁷, 5) perché si tratterebbe di una soluzione che potrebbe essere introdotta direttamente in via giurisprudenziale, senza che sia necessaria l'approvazione di un'apposita legge o, addirittura, di un emendamento alla Carta costituzionale¹⁵⁸.

Tali argomenti, al netto di molte altre obiezioni che potrebbero essere mosse alla proposta in esame, non sembrano pienamente convincenti. Per quanto concerne, in particolare, il rispetto del principio democratico (punto *sub* 1), non sembra accettabile la tesi per cui determinate leggi meritino «maggiore deferenza» rispetto ad altre, formalmente appartenenti allo stesso tipo. La legge, infatti, è formalmente atto imputabile al Parlamento (al Congresso), quale che sia la maggioranza che concretamente la ha sostenuta, circostanza peraltro che può

¹⁵⁴ «If it is troublingly undemocratic for a federal court to strike down a duly enacted federal statute, this is more troublingly undemocratic to do so the larger the margin by which the statute passed. That is, the larger the margin of passage, the larger the proportion of the people (as represented in Congress) whose will is thwarted by invalidating the statute. For statutes passed by a narrow margin, in contrast, the antidemocratic concern is less»; così E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 116.

¹⁵⁵ «Larger majorities are more likely to be right—either about the quality of legislation itself or about its constitutionality» (E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 120).

¹⁵⁶ «Applying an adjustable presumption of constitutionality would improve and preserve judicial legitimacy in two ways. The first is that the Court's legitimacy would improve because it would be less likely to strike down very popular statutes [...] To this, a critic might respond that deferring more to more popular laws is exactly what the Court already does, precisely because of concerns about judicial overreach and loss of legitimacy. However, if so, it is better that the Court admit as much, which is the second way that incorporating the margin of passage into the presumption of constitutionality would improve judicial legitimacy—by alleviating perceptions of illegitimacy arising when the Court's articulated reasons do not contain the perceived real reason for its decision» (E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 122 s.).

¹⁵⁷ «A further advantage of applying an adjustable presumption based on margin of statutory passage is its relative objectivity, which could produce a more direct fidelity to democratic principles and popular constitutionalism than some other theories seeking to palliate the counter-majoritarian problem» (E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 125).

¹⁵⁸ «Finally, the proposal for an adjustable presumption has the practical virtue that it could be implemented solely by the Court itself. Proposals for ameliorating the counter-majoritarian difficulty by statute or constitutional amendment rarely seem to generate great support, with a few limited exceptions, and none has actually been enacted into law» (E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 128).

dipendere da una pluralità di fattori, anche del tutto contingenti e scarsamente significativi dal punto di vista che qui interessa. Instaurare una gerarchia all'interno del tipo «legge formale», ai fini del trattamento in sede di giudizio di legittimità costituzionale, appare, ad avviso di chi scrive, operazione poco convincente.

In relazione all'argomento *sub 2*), esso pecca nel ritenere che alla forza del numero corrisponda una maggiore probabilità di legittimità: è da dimostrare, infatti, che il consenso politico si coaguli in misura direttamente proporzionale al “quantum” di legittimità di una determinata norma (questione, peraltro, che potrebbe persino non essere stata oggetto di specifico approfondimento e discussione da parte dell'organo legislativo). In ogni caso, la valutazione che le Camere (“parti” in causa) possono svolgere è ben diversa (perché intrisa di politicità), rispetto a quella propria di un organo giurisdizionale.

Per quanto concerne il problema della legittimazione degli organi di giustizia costituzionale, esso certamente non deve essere sottovalutato: lo strumento più idoneo affinché questa legittimazione sia preservata, tuttavia, risiede nella capacità di contemperare il necessario rispetto per la volontà del legislatore democratico con la difesa dei principi costituzionali, pena il sostanziale tradimento del ruolo di custode della Costituzione (che, al contempo, pone le basi per la legittimazione democratica del legislatore e ne limita l'azione). Ciò, tuttavia, nulla ha a che vedere, ad avviso di chi scrive, con la tendenziale necessità di evitare, fin tanto che sia possibile, di annullare leggi che godano di ampio sostegno parlamentare.

L'asserita oggettività del criterio, ad avviso di chi scrive, non vale, di per sé, come fattore decisivo, non essendo peraltro pienamente convincenti gli argomenti adottati a sostegno del criterio stesso. L'oggettività, in altre parole, non può tener luogo della giustificazione razionale, potendosi ipotizzare, altrimenti altri criteri obiettivi del pari non convincenti (il carattere più o meno recente della legge in questione, ad esempio).

Per quanto concerne, invece, la relativa facilità pratica dell'introduzione di una presunzione modulabile (argomento *sub 5*), questo sembra argomento che attenga più al discorso sul *quomodo* che a quello sull'*an*. A tale facilità (categoria

pratica) non corrisponde, peraltro, altrettanta semplicità (la quale costituisce, evidentemente, una categoria cognitiva).

Più in generale, infatti, e a prescindere dalla validità dei singoli argomenti portati a sostegno di tale proposta, sembra che essa pecchi di eccesso di fiducia nella possibilità di formalizzare l'intensità della presunzione, la quale può essere effettuata "a spanne", e non certo in maniera matematica. Si può certamente richiedere, al fine del superamento di una presunzione, una prova al di là del ragionevole dubbio (come estremo verso l'alto) e la semplice prevalenza di argomenti contrari su quelli favorevoli (come estremo verso il basso), oltre ad una serie, non particolarmente ampia, di livelli intermedi. Ben più problematico sarebbe modulare l'intensità nelle zone intermedie sulla base del margine di approvazione (come lo stesso Autore correttamente riconosce).

A tale proposito, appare opportuno sottolineare che, dalla giurisprudenza federale, emerge qualche incertezza proprio sull'intensità della presunzione (e sul correlato onere della prova), non avendo la Corte, negli anni più recenti, precisato la forza dell'argomentazione necessaria a vincere la presunzione di legittimità. Nelle sue prime decisioni, come già visto, la Corte Suprema richiedeva una violazione della Costituzione manifesta, ossia la prova dell'antinomia al di là di un ragionevole dubbio¹⁵⁹ (con espressione che riecheggia quella di stampo processualpenalistico).

Nel periodo più recente, risulta pressoché scomparso il riferimento a tale criterio, richiedendosi semplicemente una *chiara prova* nel senso dell'invalidità; addirittura, per alcuni giudici la presunzione verrebbe in rilievo esclusivamente come mero *tie-breaker* in caso di sostanziale equivalenza degli argomenti *pro* e *contra* la legittimità della norma in questione¹⁶⁰.

In conclusione, prima di entrare nel vivo del nostro discorso e dedicarci allo *strict scrutiny*, sembra opportuno riassumere brevemente quanto sin qui affermato.

Come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, la Corte Suprema muove da una presunzione di legittimità della norma scrutinata come regola generale (come

¹⁵⁹ E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 108 s.

¹⁶⁰ E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 109.

situazione di *default*¹⁶¹, si potrebbe dire, utilizzando il linguaggio dell'informatica).

In assenza di evidenze (*fattuali o argomentative/interpretative*, a seconda dei casi) idonee a superare tale presunzione, la questione di legittimità – se è consentito qui utilizzare espressioni proprie della nostra esperienza di giustizia costituzionale – sarà rigettata.

È tempo ora di dedicarci a quei casi in cui tale regola generale non trova applicazione ed anzi viene ribaltata nel suo opposto, casi in cui – utilizzando un'ardita metafora penalistica – è la legge accusata a dover dimostrare la propria innocenza/legittimità (o non illegittimità).

3. *Lo strict scrutiny nella giurisprudenza della Corte Suprema federale*

3.1. *Una definizione minima*

In termini estremamente sintetici e con una certa dose di (crediamo inevitabile) approssimazione¹⁶², nell'ambito dell'esperienza statunitense, per *strict scrutiny* – di cui l'italiano «scrutinio stretto» costituisce traduzione infelice ma ormai invalsa nell'uso, tanto in sede dottrinale quanto giurisprudenziale¹⁶³ – si intende il più elevato (di tre) standard del controllo di legittimità costituzionale (gli altri due essendo il *rational basis test* e l'*intermediate scrutiny*), svolto dalle corti federali, al cui vertice si pone, come già visto, la *Supreme Court of the United States*. Lo *strict scrutiny* è utilizzato, con caratteristiche non sempre coincidenti, anche dai giudici statali¹⁶⁴, dei quali però non ci occuperemo in questa sede.

¹⁶¹ Per *default*, come è noto, si intende la «condizione operativa automaticamente selezionata da un programma o da un sistema informatico in mancanza di una istruzione specifica da parte dell'operatore» (così il Dizionario *Treccani.it*).

¹⁶² Il quadro è, in effetti, come messo in luce dalla dottrina statunitense, maggiormente composito: la tripartizione che segue, dunque, ha valore esclusivamente tendenziale.

¹⁶³ E che, pertanto, verrà utilizzata in questo lavoro. Critica la traduzione di *strict scrutiny* come «scrutinio stretto» anche R. MANFRELOTI, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2010, 3743. Effettivamente, «*strict*» andrebbe reso, in italiano, come «rigido», «severo» o «rigoroso».

¹⁶⁴ Cfr. K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, 124 *Harvard Law Review* 747 (2011), 757, nota 73, che sottolinea come quasi ogni Costituzione statale abbia una propria *Equal Protection Clause*. L'A. ricorda, ad esempio, come le classificazioni basate sull'orientamento sessuale siano state valutate alla stregua di uno *strict scrutiny* dalla giurisprudenza californiana (a differenza di quanto accade nella giurisprudenza federale, secondo quanto si dirà infra nel testo); analogo trattamento è stato riservato, da parte dei giudici dello Stato del Connecticut, alle distinzioni fondate sulla disabilità.

Tale speciale controllo si attiva: 1) a fronte di c.d. «classificazioni sospette» (ad esempio, ma non solo, la razza); 2) laddove si dispongano limitazioni di alcuni diritti, ritenuti di particolare pregio; 3) per le restrizioni della libertà di manifestazione del pensiero, specialmente se basate sul contenuto dello stesso (c.d. *content-based restrictions*)¹⁶⁵.

I parametri costituzionali che vengono invocati, a fronte dei citati presupposti, sono per il primo la *Equal Protection Clause*, per il secondo la *Due Process Clause* e, per il terzo, il Primo Emendamento, al punto che è controverso in quale di queste “aree” sia stato elaborato per la prima volta lo *strict scrutiny*¹⁶⁶.

La *Equal Protection Clause*, introdotta nel 1868, stabilisce che nessuno Stato dovrà negare ad alcuna persona che si trovi sotto la propria giurisdizione l’eguale protezione delle leggi, rivolgendosi (a differenza del *Bill of Rights*, che invece nasce per limitare il potere del Congresso) direttamente agli Stati membri (ma la sua sostanziale applicabilità nei confronti degli atti del potere federale è stata affermata dalla Corte Suprema nel 1954, proprio attraverso la *Due Process Clause*, di cui al Quinto Emendamento, della quale ora ci occuperemo¹⁶⁷).

Con *Due Process Clause* si intendono due distinte disposizioni, contenute rispettivamente nel Quinto e nel Quattordicesimo emendamento alla Costituzione federale: «[nessuno] sarà privato della vita, della libertà o delle proprietà senza un regolare procedimento legale [*due process of Law*]» (V emendamento, 1791); «nessuno Stato potrà privare alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge [*due process of Law*]»¹⁶⁸ (XIV emendamento, 1868). La possibilità di invocare tali disposizioni in difesa di taluni diritti fondamentali postula naturalmente una concezione delle stesse quali

¹⁶⁵ Per più ampi riferimenti, v. R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 *UCLA Law Review* 1267 (2007), 1268 s.

¹⁶⁶ V. *infra*, par. 3.2.

¹⁶⁷ Si tratta della sentenza *Bolling v. Sharpe* [347 U.S. 497 (1954)], ove leggiamo: «In view of our decision that the Constitution prohibits the states from maintaining racially segregated public schools, it would be unthinkable that the same Constitution would impose a lesser duty on the Federal Government». Sul tema v. l’interessante studio di R. A. PRIMUS, *Bolling Alone*, 104 *Columbia Law Review* 975 (2004), il quale sottolinea il pressoché assente seguito giurisprudenziale con riferimento al problema delle discriminazioni razziali operate dal potere federale. L’A. cita, in nota 7, alcune delle più nette prese di posizioni, in sede scientifica, contro la c.d. *reverse incorporation*.

¹⁶⁸ La traduzione è stata leggermente modificata rispetto alla versione disponibile sul sito <http://www.dircost.unito.it>.

aventi anche un contenuto sostanziale (*substantive Due process*) e non solo procedurale.

Il Primo emendamento, infine, come è noto, pone, con una certa solennità, importanti limiti al potere legislativo del Congresso, nel senso che esso non può incidere negativamente (*abridge*) sulla libertà di religione, di parola, di stampa e di riunione (oltre che sul diritto di «rivolgere petizioni per la riparazione dei torti»).

Perché l'atto oggetto del sindacato possa sopravvivere al più severo controllo, è necessario che si dimostri che la disciplina in questione è sorretta da un *compelling public interest* (un impellente interesse pubblico) e che il mezzo prescelto sia *narrowly tailored* (strettamente proporzionato) al raggiungimento dell'obiettivo: si tratta, dunque, di uno scrutinio rigoroso che attiene sia ai *fini* perseguiti, sia ai *mezzi* utilizzati dal legislatore. Qualora si applichi lo *strict scrutiny*, viene meno la generale presunzione di validità che assiste gli atti legislativi¹⁶⁹ e, dunque, l'onere della prova ricade sulla parte che sostiene la validità della disposizione in questione¹⁷⁰. Può qui ricordarsi che, secondo un attento studioso, essa sarebbe addirittura la principale opzione interpretativa espressa nel Ventesimo secolo dalla Corte Suprema.¹⁷¹

Lo *strict scrutiny* – come si accennava – costituisce l'estremo di uno spettro che muove dal *rational basis test*, a mente del quale è sufficiente, ai fini della validità, che la disciplina dettata sia *razionalmente correlata* ad un *legittimo interesse* dello Stato (o della Federazione)¹⁷². Si tratta di uno scrutinio estremamente deferente – al punto che sono rare le ipotesi in cui il suo utilizzo ha

¹⁶⁹ V., ad esempio, *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.* 529 U.S. 803 (2000), 817: «“Content-based regulations are presumptively invalid” [...], and the Government bears the burden to rebut that presumption; analogamente *United States v. Stevens* 559 U.S. ____ (2010) e *McCutcheon v. Fed. Election Comm'n*, 572 U.S. ____ (2014). Cfr., inoltre, *Fisher v. Univ. of TX at Austin* 570 U.S. ____ (2013). In *Alexander v. Louisiana* 405 U.S. 625 (1972), 632 compare l'espressione *presumption of unconstitutionality*. Cfr. anche, tra le molte, *City of Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980), 76: «It is of course true that a law that impinges upon a fundamental right explicitly or implicitly secured by the Constitution is presumptively unconstitutional».

¹⁷⁰ Quando sussistono i presupposti per l'attivazione dello *strict scrutiny*, infatti, «courts should reverse their usual starting point by presuming such laws to be unconstitutional and require the government to bear the burden of defending the law»: così A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact*, cit., 802. Nella dottrina italiana, cfr. P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., 69: «Anziché presumere la legittimità fino a prova contraria, la Corte la riterrà incostituzionale a meno che non si dimostri che essa non lede il diritto fondamentale».

¹⁷¹ P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., 68 s.

¹⁷² Per questa formulazione v., ad esempio, *Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985), 440 e decisioni ivi citate.

condotto ad una dichiarazione di illegittimità¹⁷³ – il quale entra in gioco laddove non vi siano classificazione sospette ovvero si tratti di limitazione di diritti “altri” rispetto a quelli fondamentali (tipicamente i diritti della sfera economica e sociale)¹⁷⁴. In tali casi, come ha affermato la Corte Suprema, «those attacking the rationality of the legislative classification have the burden “to negative every conceivable basis which might support it”»¹⁷⁵. La presunzione di legittimità è, dunque, in questo caso particolarmente forte.

Lo schema di giudizio si è altresì definitivamente arricchito – a causa di una certa insoddisfazione per la rigidità a cui l’impostazione binaria conduceva – di uno *standard* mediano (*intermediate scrutiny*), emerso a partire dagli anni Settanta del secolo scorso¹⁷⁶: in tali casi è necessario, ai fini della legittimità costituzionale, che la disciplina sia *substantially related* ad un *important interest*, che la giustifichi. L’utilizzo dello scrutinio intermedio è legato, generalmente anche se non esclusivamente¹⁷⁷, alla discriminazione sulla base di una *quasi-suspect classification* (ad esempio, genere o nascita al di fuori di un matrimonio)¹⁷⁸: l’onere della prova ricade, come nel caso dello *strict scrutiny*, sulla parte pubblica (o comunque sulla parte che afferma la validità della norma in questione)¹⁷⁹, ma la

¹⁷³ Cfr. R. C. FARRELL, *Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term Through Romer v. Evans*, 32 *Indiana Law Review* 357 (1999), 357, secondo cui «These cases are sufficiently rare to stand out as unusual but they do exist»: l’A. ne ha contati 10 su 110 applicazioni nei venticinque anni tra il 1971 ed il 1996.

¹⁷⁴ Per questi casi G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 48, discorre di una «applicazione a mano leggera, anzi leggerissima» del principio di eguaglianza, in cui il legislatore «gode della presunzione della ragionevolezza».

¹⁷⁵ Così la Corte Suprema nella sentenza *FCC v. Beach Communications*, 508 U.S. 307 (1993), 315, citazioni interne omesse.

¹⁷⁶ Generalmente, l’introduzione di tale forma di controllo viene individuata nella decisione della Corte Suprema *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976); netto fu, in quella occasione, il *dissent* del Giudice Renhquist, secondo cui: «we have had enough difficulty with the two standards of review which our cases have recognized [...] so as to counsel weightily against the insertion of still another “standard” between those two» (*ivi*, 220 s.)

¹⁷⁷ Lo scrutinio intermedio, infatti, è stato utilizzato anche in controversie nelle quali veniva invocato il Primo emendamento: sul tema un interessante studio è quello condotto da A. BHAGWAT, *The Test That Ate Everything: Intermediate Scrutiny In First Amendment Jurisprudence*, *University of Illinois Law Review* 783 (2007).

¹⁷⁸ Per un caso di «scrutinio intermedio» legato a distinzioni fondate sul sesso, v., oltre alla già citata *Craig v. Boren*, *Michael M. v. Superior Ct.*, 450 U.S. 464 (1981); per casi relativi alle classificazioni fondate sull’illegittimità della nascita, v. *Parham v. Hughes*, 441 U.S. 347 (1979); *Mills v. Habluetzel*, 456 U.S. 91 (1982); *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988).

¹⁷⁹ Per un’affermazione particolarmente netta in tal senso, cfr. *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996), 533 ove si afferma che «The burden of justification is demanding and it rests entirely on the State [...]The justification must be genuine, not hypothesized or invented post hoc in

dimostrazione dell'esistenza delle condizioni necessarie alla legittimità della disciplina in questione è maggiormente agevole rispetto allo scrutinio stretto.

3.2. *La storia dello strict scrutiny: le origini*

Lo *strict scrutiny* è il frutto di una progressiva elaborazione da parte della Corte Suprema federale; ciò rende assai difficile indicare con precisione in quale sentenza (o, più in generale, in quale fase storica) esso sia “nato”, tema che è, infatti, oggetto di un vivace dibattito dottrinale¹⁸⁰.

Secondo una opinione decisamente minoritaria, i primi, remoti, antecedenti dello scrutinio stretto andrebbero individuati in alcune decisioni rese dalla Corte Suprema (allora a maggioranza conservatrice) negli anni '10 e '20 del secolo scorso, in cui si cominciò a delineare una protezione più intensa per taluni diritti fondamentali¹⁸¹.

Per quanto colga invece probabilmente nel segno l'opinione di chi ritiene che lo *strict scrutiny* sia il frutto della giurisprudenza della Warren Court, soprattutto a partire dagli anni Sessanta¹⁸², sembra difficilmente contestabile che i semi furono gettati a partire da una celebre decisione del 1938¹⁸³, *United States v. Carolene Products Co.*¹⁸⁴, *recte*, da una sua nota a piè di pagina, la «più celebrata del diritto costituzionale americano»¹⁸⁵. La sua notorietà emerge chiaramente da

response to litigation». V. anche *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.* 511 U.S. 127 (1994), 152 (Kennedy, J., concurring): «our case law does reveal a strong presumption that gender classifications are invalid».

¹⁸⁰ In questo senso O. O. VAROL, *Strict in Theory, but Accommodating in Fact?*, 75 *Missouri Law Review* 1243 (2010), 1244, secondo cui «The origins of the strict-scrutiny test have been the subject of much academic debate»; R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1274, afferma che «the origins of this formula and its proliferation throughout constitutional law are neither well known nor easily traced».

¹⁸¹ D. E. BERSTEIN, *The Conservative Origins of Strict Scrutiny*, 19 *George Mason Law Review* 861 (2012).

¹⁸² Si esprime in tal senso J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 344.

¹⁸³ In tal senso, *ex multis*, G. L. PETTINGA, *Rational Basis With Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name*, 62 *Indiana Law Journal* 779 (1987), 781.

¹⁸⁴ 304 U.S. 144 (1938).

¹⁸⁵ In questi termini L. F. POWELL JR., *Carolene Products Revisited*, 82 *Columbia Law Review* 1087 (1982), 1087. «Its only competitors seem to be footnote 11 to *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 494 n. 11 (1954), (the infamous doll test footnote), and footnote 10 to *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, 651 n. 10 (1966), (in which Justice Brennan put forth his “ratchet” theory that Congress could expand constitutional guarantees under the Enabling Clauses of the 13th, 14th and 15th Amendments, but could not contract them)»: così P. LINZER, *The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone*, 12 *Constitutional Commentary* 277 (1995), 277, nota 2.

un sintomo linguistico¹⁸⁶, ossia dal fatto di essere abitualmente citata semplicemente come *Footnote Four*, senza che sia necessario indicare gli estremi della decisione nella quale essa è inserita; nonostante molte sentenze della Corte Suprema abbiano una nota n. 4, quando si cita la Nota n. 4 è implicito il riferimento alla decisione *Carolene Products*, senza alcuna possibilità di fraintendimento.

Veniva in rilievo, in particolare, la legittimità di una norma inserita nel *Filled Milk Act of Congress* del 1923 che limitava, per ragioni sanitarie, il commercio interstatale di un particolare prodotto (il *filled milk*). La Corte negò che vi fosse violazione della Costituzione, sostenendo addirittura che sarebbe stato sufficiente, per raggiungere tale conclusione, fare riferimento alla presunzione di costituzionalità, a norma della quale si ritengono esistenti quei fatti che possono giustificare razionalmente la scelta del legislatore sino a prova contraria (il “fatto” in questione era la pericolosità del prodotto citato per la salute). A questo punto il Giudice Stone inserì la sua nota a piè di pagina – che fu *obiter dicta* – secondo cui una siffatta asserzione non aveva carattere assoluto. Si precisò, infatti, che vi potrebbe essere un margine più ristretto di azione per la presunzione di costituzionalità (*narrower scope for operation of the presumption of constitutionality*) nei casi in cui la legislazione chiaramente (*on its face*) contrasti con uno specifico divieto posto dalla Costituzione, come quelli del *Bill of Rights*, oppure quando incida negativamente sul processo politico o, ancora, quando si diriga, in termini discriminatori, nei confronti di *discrete and insular minorities*, come quelle religiose, nazionali o razziali (caratterizzate, in particolare, da uno scarso potere politico)¹⁸⁷. In questi casi si paventava la possibilità che si procedesse ad uno scrutinio di legittimità maggiormente penetrante.

¹⁸⁶ Si mutua la felice espressione di P. CARNEVALE, *Indirizzi di salute*, in C. COLAPIETRO-A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2013, 145 s., che la riferisce all'abitudine di citare la legge n. 104/1992 (*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*) elidendo il riferimento temporale (dunque, come «legge n. 104»), per effetto del suo straordinario rilievo.

¹⁸⁷ Questo il testo, omesse le numerose citazioni giurisprudenziali interne: « There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected

Tale nota – sulla quale molto si è scritto¹⁸⁸ – gettò le basi per la biforcazione dello scrutinio di legittimità costituzionale: un *rational basis review* come regola di carattere generale (e, specialmente, come accennato, per i diritti della sfera economica e sociale) e quello che (poco) dopo sarebbe stato chiamato *strict scrutiny* per garantire una protezione giudiziaria maggiormente incisiva a fronte di specifici presupposti.

Altre tre decisioni degli anni immediatamente successivi assumono particolare rilievo dal punto di vista che qui interessa. Nella sentenza *Skinner v. Oklahoma*¹⁸⁹, la Corte Suprema utilizzò testualmente, per la prima volta, l'espressione *strict scrutiny*¹⁹⁰, pur senza giungere a introdurre i test che oggi costituiscono il più esigente controllo di costituzionalità (si trattava, in sostanza, ancora di un controllo di mera razionalità)¹⁹¹. In quella circostanza, fu dichiarata contraria alla Costituzione una legge dello Stato dell'Oklahoma che, per finalità eugenetiche, puniva con la sterilizzazione (pena che incide evidentemente su un «basic civil right») alcune categorie di criminali recidivi e non altre¹⁹².

Merita di essere brevemente richiamata, inoltre, la sentenza *Murdock v. Pennsylvania*¹⁹³, anticipata da un *dissent* del Giudice Stone in *Jones v. Opelika*¹⁹⁴ – in cui si affermò che le libertà protette dal Primo emendamento alla Costituzione

to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry».

¹⁸⁸ V., *ex multis*, B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, 98 *Harvard Law Review* 713 (1985); L. BRILMAYER, *Carolene, Conflicts, and the Fate of Insider-Outsider*, 134 *University of Pennsylvania Law Review* 1291 (1986); P. LINZER, *The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone*, cit.

¹⁸⁹ *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

¹⁹⁰ *Skinner v. Oklahoma*, cit., 541. Nel senso che si tratti di una “prima volta”, tra gli altri, A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact*, cit., 799.

¹⁹¹ Cfr. S. A. SIEGEL, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, XLVIII *American Journal of Legal History* 355 (2006), 381.

¹⁹² Oklahoma's Habitual Criminal Sterilization Act. Okla. Stat. Ann. Tit. 57, §§ 171, et seq.; L.1935, pp. 94 et seq.

¹⁹³ 319 U.S. 105 (1943).

¹⁹⁴ 316 U.S. 584 (1942), 608: «The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary, the Constitution, by virtue of the First and the Fourteenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position». La posizione di Stone fu poi sostanzialmente fatta proprio dalla maggioranza a seguito della riassunzione del caso: *Jones v. Opelika (II)*, 319 U.S. 103 (1943).

americana (che testualmente si rivolge al solo potere federale), applicabile anche agli Stati sulla base del Quattordicesimo emendamento¹⁹⁵, *godono di una posizione privilegiata* («Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position»)¹⁹⁶.

In questa «preistoria» dello scrutinio stretto, occorre ancora segnalare la decisione del 1944 *Korematsu v. United States*¹⁹⁷. Veniva in rilievo, e fu ritenuto legittimo, un ordine dell'autorità militare¹⁹⁸ che imponeva, dopo il 9 maggio del 1942 – per evidenti ragioni collegate allo scoppio del conflitto con l'impero del Sol Levante – a tutti gli individui con ascendenze giapponesi (compresi coloro i quali avessero lo *status* di cittadini americani) di abbandonare una certa area militarizzata in California¹⁹⁹. In quell'occasione, si affermò espressamente che *le distinzioni basate sulla razza sono sospette*, forse anche per la volontà, in qualche misura, di controbattere alla radicale posizione del giudice Murphy, espressa in un durissimo *dissent*, in cui denunciò la legalizzazione del razzismo compiuta dalla maggioranza della Corte Suprema²⁰⁰. A ben vedere, si trattò di uno scrutinio stretto (almeno per come sarebbe stato successivamente inteso) *dichiarato ma non*

¹⁹⁵ Si tratta della già citata dottrina della *incorporation*, enunciata per la prima volta in *Gitlow v. New York* [268 U.S. 652 (1925)], oggetto della «most durable and ceaselessly provocative controversy in American constitutional law» [B. H. WILDENTHAL, *The Lost Compromise: Reassessing the Early Understanding in Court and Congress on Incorporation of the Bill of Rights in the Fourteenth Amendment*, 61 *Ohio State Law Journal* 1051 (2000), 1054].

¹⁹⁶ *Murdock v. Pennsylvania*, cit., 115.

¹⁹⁷ 323 U.S. 214 (1944).

¹⁹⁸ *Civilian Exclusion Order No. 34 of the Commanding General of the Western Command, U.S. Army*.

¹⁹⁹ Korematsu, cittadino statunitense di origini giapponesi, aveva violato tale ordine e, conseguentemente, era stato arrestato. L'*opinion of the Court* fu redatta dal Giudice Black, secondo cui: «It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect» (216). Poco più avanti, peraltro, si precisa che la classificazione sospetta non comporta l'automatica incostituzionalità della disposizione bensì la sua sottoposizione al «most rigid scrutiny»: infatti, pressanti necessità pubbliche possono talvolta giustificare la restrizione di diritti di un singolo gruppo, mentre «l'antagonismo razziale mai».

²⁰⁰ La sua *opinion* si concludeva così: «I dissent, therefore, from this legalization of racism. Racial discrimination in any form and in any degree has no justifiable part whatever in our democratic way of life. It is unattractive in any setting, but it is utterly revolting among a free people who have embraced the principles set forth in the Constitution of the United States. All residents of this nation are kin in some way by blood or culture to a foreign land. Yet they are primarily and necessarily a part of the new and distinct civilization of the United States. They must, accordingly, be treated at all times as the heirs of the American experiment, and as entitled to all the rights and freedoms guaranteed by the Constitution» [323 U.S. 214 (1944), 242].

praticato: venne, infatti, salvata la discriminatoria classificazione razziale sulla base di una «prova incerta»²⁰¹.

3.3 Da Warren a Burger: la definitiva affermazione dello *strict scrutiny* e la successiva introduzione di un livello intermedio di sindacato

Come già accennato, tuttavia, l'emersione dello *strict scrutiny* era ancora di là da venire: dopo un periodo di quiescenza²⁰², è solo a partire dagli anni della Corte del *Chief Justice* Earl Warren – in un contesto storico profondamente mutato – che si ebbe uno slancio decisivo in questo senso, con lo sviluppo del rigoroso controllo in aree differenti e, sostanzialmente, nell'arco di un solo decennio. Come è stato affermato, infatti, «before the 1960s, there was no strict scrutiny as we know it today. By the end of the decade, it dominated numerous fields of constitutional law»²⁰³.

Alla Corte Warren (1953-1969) si deve un particolare attivismo nella protezione dei diritti fondamentali, nel periodo peraltro di grande sviluppo dei movimenti per l'affermazione dei diritti civili: ai nostri fini, è opportuno sottolineare che, pur in un clima di diminuito interventismo giudiziale e in un modo sicuramente meno intransigente, la progressiva elaborazione dello *strict scrutiny* proseguì anche nei due decenni successivi (durante il periodo della *Burger Court*²⁰⁴, cui si deve l'introduzione del livello intermedio di sindacato e, in generale, un uso più flessibile della *Equal Protection Clause*). Lo standard venne progressivamente affinato, sino a comprendere definitivamente i due elementi a cui già abbiamo fatto riferimento (relativi al *fine* e al *mezzo*), e utilizzato in numerose occasioni.

²⁰¹ R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1277.

²⁰² «Period of dormancy» lo definisce A. WINKLER, *Fatal in Theory*, cit., 801, che cita anche M. KLARMAN, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 *Michigan Law Review* 213 (1991), 255.

²⁰³ R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1275.

²⁰⁴ 1969-1986. Di anni caratterizzati da un certo grigiore discorre, nella dottrina italiana, P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., 19. Per una valutazione complessiva sulla *Burger Court*, v. G. F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger (1969-1986)*, in *Giur. cost.*, 1987, 1896 ss.

Per quanto riguarda le *classificazioni sospette*, oltre alle discriminazioni su base razziale²⁰⁵, sono state giudicate secondo lo standard più elevato, ad esempio, le distinzioni fondate sulla cittadinanza²⁰⁶.

In diverse occasioni, inoltre, la Corte Suprema ha applicato lo *strict scrutiny* in casi riguardanti limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero. Tra le altre posizioni giuridiche soggettive che sono state tutelate dalla Corte attraverso il più rigoroso controllo possono menzionarsi, inoltre, la libertà di associazione²⁰⁷, la libertà religiosa²⁰⁸, la libertà di circolazione all'interno degli Stati Uniti (non espressamente prevista nella Costituzione ma ritenuta implicita)²⁰⁹, il diritto di voto²¹⁰.

Nei primi anni l'utilizzo dello *strict scrutiny* fu particolarmente intransigente, o quantomeno fu percepito come tale in dottrina: con un'icastica espressione, destinata ad avere straordinaria fortuna, si disse che il più esigente standard di controllo, come utilizzato dalla Warren Court, era «“strict” in theory and fatal in fact»²¹¹, per sottolineare il rapporto pressoché inscindibile di causa-effetto tra *strict scrutiny* e dichiarazione di incostituzionalità. A ciò si accompagnava la polemica nei confronti dell'uso sin troppo blando del *rational basis review*, definito, dalla medesima dottrina, «minimal scrutiny in theory and virtually none in fact»²¹².

La Corte Burger mantenne fermi, almeno teoricamente, gli approdi raggiunti nei decenni precedenti, sebbene la spinta nella difesa rigorosa dei diritti fondamentali fu certamente ridimensionata, anche alla luce del mutamento del contesto politico-sociale.

²⁰⁵ Nella dottrina italiana sul tema v. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008, 127 ss.

²⁰⁶ *Graham V. Department of Pub. Welfare*, 403 U.S. 365 (1971), 372, secondo cui «aliens as a class are a prime example of a “discrete and insular” minority [...] for whom such heightened judicial solicitude is appropriate»; v. anche *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973).

²⁰⁷ V., ad esempio, *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), spec. 623.

²⁰⁸ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

²⁰⁹ *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), 638: «Since the classification here touches on the fundamental right of interstate movement, its constitutionality must be judged by the stricter standard of whether it promotes a *compelling* state interest» (enfasi nell'originale).

²¹⁰ *V. Kramer v. Union Free Sch. Dist. No. 15*, 395 U.S. 621 (1969).

²¹¹ G. GUNTHER, *The Supreme Court 1971 Term. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 *Harvard Law Review* 1 (1972), 8.

²¹² G. GUNTHER, *The Supreme Court 1971 Term*, cit.,

Come già anticipato, alla Corte presieduta dal *Chief Justice* Burger si deve l'introduzione di un sindacato intermedio di legittimità, alla luce dell'insoddisfazione per la rigidità a cui lo schema binario sin lì utilizzato conduceva. Tale via mediana consiste, come già accennato in precedenza, nel mantenere ferma la presunzione di illegittimità, ma nel renderla più facilmente superabile: in particolare richiedendo che l'interesse pubblico che giustifica la disciplina normativa sia semplicemente *important* (e non *compelling*) e che il mezzo sia *substantially related* (e non già *narrowly tailored*) rispetto al fine perseguito²¹³.

La decisione che viene comunemente individuata in dottrina quale *leading case* nell'introduzione dello scrutinio intermedio è *Craig v. Boren* (1976), in cui era discussa la legittimità di una legge dello Stato dell'Oklahoma che proibiva la vendita di un certo tipo di birra agli uomini al di sotto dei 21 anni e alle donne al di sotto dei 18, con lo scopo principale di promuovere la sicurezza stradale. In quel caso si riconobbe effettivamente che la tutela della salute e della sicurezza pubblica sono importanti obiettivi che devono essere perseguiti dai pubblici poteri, ma non fu ritenuta raggiunta la prova (sulla base, tra l'altro, di dati statistici) che le misure adottate fossero sostanzialmente collegate al raggiungimento di tali scopi.

Dal punto di vista che qui interessa, la decisione scelse di prediligere una posizione mediana tra la tesi tradizionale, per cui alle distinzioni di genere si applicava il controllo di mera razionalità, e quella più intransigente secondo cui era necessario applicare lo *strict scrutiny*. Merita di essere rammentata, al riguardo, la *dissenting opinion* del Giudice Rehnquist, che si basò essenzialmente su due argomenti: un primo, legato all'assenza di precedenti nella giurisprudenza federale quanto alla possibilità di utilizzare uno scrutinio intermedio²¹⁴, ed un

²¹³ In tal senso, J. W. ELLIS, *On the «Usefulness» of suspect classifications*, 3 *Constitutional Commentary* 375 (1986), 383.

²¹⁴ «The Court's conclusion that a law which treats males less favorably than females "must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives" apparently comes out of thin air. The Equal Protection Clause contains no such language, and none of our previous cases adopt that standard»: *Craig v. Boren*, cit., 220 (Rehnquist, J., dissenting).

secondo, fondato sulla sufficiente complessità nell'applicazione dello schema binario, che suggeriva cautela nell'introdurre un ulteriore livello²¹⁵.

Tale forma di controllo viene generalmente ritenuta la più equilibrata da parte di quanti ritengono che i due estremi, di per sé, determinino inevitabilmente il risultato del giudizio²¹⁶ (ciò che appare in realtà criticabile, alla luce della più recente giurisprudenza federale, che ha espressamente negato la validità di tale considerazione e degli studi dottrinali che hanno dimostrato come il legame tipo di scrutinio-risultato sia tendenziale e non certo indefettibile).

Da parte dei critici, si osserva, tra l'altro, come i test utilizzati nello scrutinio intermedio non riescano a limitare effettivamente la discrezionalità dei giudici; a chi scrive pare che tale posizione sia accettabile solo nella misura in cui venga estesa anche ai test previsti per lo *strict scrutiny* e per il *rational basis review*, nel senso che essi pongono i medesimi problemi di delimitazione estensionale.

Tale livello di scrutinio fu successivamente utilizzato anche in alcune decisioni in cui venivano in rilievo questioni di costituzionalità legate al rispetto del Primo Emendamento²¹⁷.

3.4 *La successiva giurisprudenza federale: brevi cenni*

Nel periodo successivo, merita di essere ricordata quella giurisprudenza federale che, mutando orientamento rispetto al passato, ha affermato che le classificazioni sospette costituiscono il presupposto per l'attivazione dello *strict scrutiny* non solo laddove conducano ad una disciplina deteriore per gli

²¹⁵ «I would think we have had enough difficulty with the two standards of review which our cases have recognized – the norm of “rational basis,” and the “compelling state interest” required where a “suspect classification” is involved – so as to counsel weightily against the insertion of still another “standard” between those two. How is this Court to divine what objectives are important? How is it to determine whether a particular law is “substantially” related to the achievement of such objective, rather than related in some other way to its achievement? Both of the phrases used are so diaphanous and elastic as to invite subjective judicial preferences or prejudices relating to particular types of legislation, masquerading as judgments whether such legislation is directed at “important” objectives or, whether the relationship to those objectives is “substantial” enough»: *Craig v. Boren*, cit., 220 s. (Rehnquist, J., dissenting).

²¹⁶ V., ad esempio, J. D. WEXLER, *Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism*, 66 *George Washington Law Review* 298 (1998), 300 e 318.

²¹⁷ V. ancora J. D. WEXLER, *Defending the Middle Way*, cit., 317, che ricorda casi in cui la Corte Suprema ha utilizzato lo scrutinio intermedio per limitazioni *content-neutral*, o relative a tempo, luogo e modalità, o ancora, a quelle relative al *commercial speech*.

appartenenti alla categoria sospetta, ma anche nel caso delle c.d. azioni positive²¹⁸: si tratta di una posizione affermata dapprima nella sentenza *Adarand Constructors*²¹⁹ e successivamente ribadita. Sulla base di un principio precedentemente enunciato in *Metro Broadcasting v. FCC*²²⁰, invece, almeno con riguardo agli atti del Congresso, le discriminazioni fondate sulla razza dovevano essere sottoposte a differente scrutinio sulla base degli effetti della distinzione stessa: *strict scrutiny* in caso di disciplina sfavorevole, *intermediate scrutiny* nel caso di «azione benigna». Il nuovo orientamento della Corte Suprema è stato confermato in alcune recenti decisioni²²¹.

Per effetto di questo *overruling*, la Corte Suprema utilizza uno strumento, originariamente concepito al fine di proteggere minoranze prive di potere o sottorappresentate nel processo politico, per difendere la stessa maggioranza contro “discriminazioni al rovescio”.

Per quanto concerne le decisioni del periodo più recente, inoltre, in relazione all’intensità del controllo, parte della dottrina ha ravvisato un certo allargamento delle maglie dello scrutinio stretto, che si ritiene essere stato considerevolmente “annacquato” con un’ampia dose di deferenza verso il potere politico²²²: tra le sentenze della Corte Suprema che particolarmente sono state criticate da questo punto di vista, vi è, ad esempio, *Grutter v. Bollinger*.

4. *Lo strict scrutiny: un’analisi strutturale*

4.1. *I presupposti*

Come accennato *supra*, i presupposti per l’attivazione del più rigoroso scrutinio di legittimità sono 1) l’utilizzo, da parte del legislatore, di una *classificazione sospetta*; 2) la *limitazione di un diritto fondamentale* (perché

²¹⁸ Sul tema v., nella dottrina italiana, P. FARAGUNA, *La giurisprudenza della Corte Suprema Usa in materia di reverse discrimination*, in F. SPITALERI (a cura di), *L’eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013, 19 ss.

²¹⁹ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

²²⁰ 497 U.S. 547 (1990).

²²¹ V., ad esempio, *Fisher v. Univ. of TX at Austin*, 570 U.S. [...] (2013), che peraltro richiama *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), sulla quale v. *infra*, nel testo.

²²² O. O. VAROL, *Strict in Theory, but Accommodating in Fact?*, cit., 1247.

protetto dal Primo emendamento o dalla *Due Process Clause*, intesa in senso *sostanziale*).

Da tale generica enunciazione potrebbe erroneamente inferirsi che l'applicazione dello *strict scrutiny* sia operazione automatica, puramente meccanica, legata alla mera constatazione della ricorrenza dei citati presupposti. In realtà, come si dirà nei due paragrafi successivi, la questione si pone in termini assai più problematici i quali meritano un approfondimento, per quanto necessariamente sintetico.

È appena il caso di rammentare, alla luce di quanto già evidenziato nella precedente ricostruzione storica, quanto profondamente l'esito del giudizio sia influenzato (anche se non previamente determinato) dallo *standard* valutativo applicabile: ciò spiega (e giustifica) la lotta che si svolge in sede giurisdizionale – a seconda dei differenti interessi – per convincere il giudice dell'esistenza o meno dei presupposti per l'attivazione del più rigoroso scrutinio di costituzionalità.

4.1.1. *Le classificazioni sospette*

Una delle grandi difficoltà che il diritto incontra nel regolare la realtà sociale risiede nell'insopprimibile tensione tra vocazione alla massima generalità possibile (l'eguaglianza è tra le aspirazioni del moderno Stato costituzionale e, a ben vedere, seppur con diverse caratteristiche, dello Stato liberale ottocentesco²²³) e la necessità di dettare disposizioni diversificate, idonee a tenere in considerazione una serie di variabili soggettive ed oggettive. In effetti, come affermato da illustre dottrina, «un diritto che non distinguesse situazione da situazione, e considerasse uguali tutte le situazioni, non sarebbe un diritto difficilmente pensabile; ma sarebbe un diritto impensabile, perché non disporrebbe niente»²²⁴. Classificare, distinguere dunque, è necessario, ma ciò mette a repentaglio la stessa uguaglianza: la differenza, dunque, deve essere razionalmente

²²³ La proclamazione del principio di eguaglianza in un documento solenne (la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino) segna il passaggio dall'Ancien Régime all'età contemporanea secondo F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, cit., 3.

²²⁴ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 26; v. anche C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 243 ss.; secondo M. STRAUSS, *Reevaluating Suspect Classifications*, 35 *Seattle University Law Review* 135 (2011), 135: «State and federal governments inevitably classify and distinguish between individuals».

giustificata; occorre, in altri termini, stabilire «quando ed in quali limiti le distinzioni così compiute siano legittime»²²⁵.

Al fine di vagliare la legittimità delle distinzioni, la giurisprudenza federale statunitense, come abbiamo già avuto modo di accennare, ha distinto tra varie (precisamente, tre) forme di classificazioni²²⁶: «sospette», «quasi-sospette» e «non sospette»²²⁷.

È opportuno precisare che la classificazione, da parte del legislatore, può avvenire in due forme: vi può essere un'espressa disposizione normativa che prescriva/vieti/facoltizzi un determinato comportamento rivolgendosi ad una specifica classe di individui (oppure attribuisca *status*, poteri etc.)²²⁸ e, dall'altro lato, potrebbero esservi disposizioni che, apparentemente neutrali, comportino negli effetti (se non nelle intenzioni del legislatore) una discriminazione per gli appartenenti ad una determinata categoria di individui, in ragione delle loro caratteristiche (veri e propri *hard cases*)²²⁹.

Come esempio del primo tipo, si potrebbe richiamare la già citata disposizione che vietava ai cittadini di ascendenze giapponesi l'accesso ad una

²²⁵ F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, cit., 11.

²²⁶ L'esistenza di tre livelli di scrutinio è sinteticamente tratteggiata, ad esempio, in *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982), 216 ss.: «The Equal Protection Clause directs that “all persons similarly circumstanced shall be treated alike”. But so too, “[t]he Constitution does not require things which are different in fact or opinion to be treated in law as though they were the same.” The initial discretion to determine what is “different” and what is “the same” resides in the legislatures of the States. A legislature must have substantial latitude to establish classifications that roughly approximate the nature of the problem perceived, that accommodate competing concerns both public and private, and that account for limitations on the practical ability of the State to remedy every ill. In applying the Equal Protection Clause to most forms of state action, we thus seek only the assurance that the classification at issue bears some fair relationship to a legitimate public purpose. But we would not be faithful to our obligations under the Fourteenth Amendment if we applied so deferential a standard to every classification. The Equal Protection Clause was intended as a restriction on state legislative action inconsistent with elemental constitutional premises. Thus, we have treated as presumptively invidious those classifications that disadvantage a “suspect class”, or that impinge upon the exercise of a “fundamental right”. With respect to such classifications, it is appropriate to enforce the mandate of equal protection by requiring the State to demonstrate that its classification has been precisely tailored to serve a compelling governmental interest. In addition, we have recognized that certain forms of legislative classification, while not facially invidious, nonetheless give rise to recurring constitutional difficulties; in these limited circumstances, we have sought the assurance that the classification reflects a reasoned judgment consistent with the ideal of equal protection by inquiring whether it may fairly be viewed as furthering a substantial interest of the State» (citazioni interne omesse).

²²⁷ Così T. W. SIMON, *Suspect Class Democracy: a Social Theory*, 45 *University of Miami Law Review* 107 (1990), 139.

²²⁸ C.d. *Facial discrimination*.

²²⁹ Così S. BEDI, *Collapsing Suspect Class with Suspect Classification: Why Strict Scrutiny Is Too Strict and Maybe Not Strict Enough*, 47 *Georgia Law Review* 301 (2013), 364.

certa area militarizzata della California oppure il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso. Si tratta di quei casi in cui l'esistenza di una distinzione/discriminazione appare evidente *ictu oculi* e rimane semplicemente da accertare se essa possa ritenersi o meno costituzionalmente legittima.

Come esempio del secondo tipo, invece, si può ipotizzare una norma che preveda determinati requisiti soggettivi per svolgere un determinato impiego (ad esempio, una determinata altezza o un certo peso), tali da limitare fortemente, se non ad escludere del tutto, la possibilità di accesso ad un certo gruppo sociale (ad esempio, le donne).

In tale ultimo caso, dunque, è necessario preliminarmente appurare l'esistenza (in fatto) di una discriminazione e, solo successivamente ed in caso di esito positivo della verifica, porre l'interrogativo relativo alla legittimità costituzionale. In questo campo, tuttavia, l'approccio della Corte suprema statunitense è stato assai cauto: l'impatto sproporzionato su una determinata categoria "protetta" non comporta di per sé l'applicazione dello scrutinio stretto a meno che non sia provato un intento discriminatorio da parte del legislatore²³⁰, posizione che ha attirato critiche in dottrina²³¹.

È opportuno precisare che, nel presente periodo storico, appare quantomeno improbabile che si verifichi una discriminazione espressa (quantomeno nei confronti delle classi pacificamente ritenute sospette): sarebbe quantomeno sorprendente riscontrare l'esplicita previsione di una disciplina deteriore, ad esempio, per gli Afro-americani. Non è invece detto che ciò non avvenga per quelle classi che da tempo reclamano, senza successo, il loro riconoscimento come "protette" nel giudizio di legittimità (ad esempio, gli omosessuali). Un caso in cui invece possano venire in rilievo distinzioni palesi è quello delle c.d. *affirmative actions*, in cui la discriminazione da parte del legislatore è benigna.

²³⁰ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976), 242 s.: «we have not held that a law, neutral on its face and serving ends otherwise within the power of government to pursue, is invalid under the Equal Protection Clause simply because it may affect a greater proportion of one race than of another. Disproportionate impact is not irrelevant, but it is not the sole touchstone of an invidious racial discrimination forbidden by the Constitution. Standing alone, it does not trigger the rule, *McLaughlin v. Florida*, 379 U. S. 184 (1964), that racial classifications are to be subjected to the strictest scrutiny, and are justifiable only by the weightiest of considerations».

²³¹ S. BEDI, *Collapsing Suspect Class with Suspect Classification*, cit., 364 ss.

La perimetrazione dell'area delle «suspect classifications» costituisce una delle più dibattute questioni in tema di *strict scrutiny*: la dottrina ha da tempo evidenziato l'insufficiente sforzo definitorio, da parte della giurisprudenza federale, delle condizioni affinché una determinata classificazione debba ritenersi costituzionalmente «sospetta». Si potrebbe dire, non senza una qualche forzatura, che a fronte di una molteplicità empirica, manca effettivamente «una sicura cognizione dell'ideale»²³².

Non può esservi dubbio che la razza costituisca il paradigma della classificazione sospetta²³³ (anzi è probabilmente la classificazione sospetta per antonomasia), anche alla luce di un approccio originalista all'interpretazione del Quattordicesimo emendamento²³⁴, che fu adottato proprio con finalità protettive degli Afro-americani, appena emancipati dalla condizione di schiavitù al termine della Guerra di Secessione. Tuttavia, nella giurisprudenza federale, come già si è avuto modo di vedere, la sentenza *Korematsu* fu il primo caso in cui venne individuata la razza come classificazione sospetta (si trattava non già di un afro-americano, ma di un cittadino statunitense con ascendenze giapponesi), anche se in precedenza la Corte aveva già avuto modo di occuparsi di discriminazioni a danno di persone di colore.

Si può qui sottolineare che taluni criteri sono stati individuati dalla stessa giurisprudenza federale: 1) l'esistenza di un pregiudizio contro una «discrete and insular minority»; 2) una storia di discriminazione contro il gruppo in questione; 3) lo scarso potere politico di questa minoranza; 4) l'immodificabilità dei tratti distintivi del gruppo (ad esempio, appunto, l'appartenenza ad una determinata razza); 5) la rilevanza del tratto distintivo stesso²³⁵.

²³² È quanto notava, a proposito dell'interpretazione conforme, A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta Online*, Studi 2012, 4; effettivamente, a fronte di raffinati approfondimenti dottrinali sulle varie *species* (interpretazione conforme a Costituzione, a diritto UE, a Cedu), vi sono pochi contributi dottrinali (tra cui quello di Longo citato) espressamente indirizzati alla ricostruzione teorica dell'unità del genere.

²³³ In tal senso S. W. POLLVOGT, *Beyond Suspect Classification*, 16 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 739 (2014), 755; analogamente P. J. RUBIN, *Reconnecting Doctrine and Purpose: a Comprehensive Approach to Strict Scrutiny after Adarand and Shaw*, 149 *University of Pennsylvania Law Review* 1 (2000), 15.

²³⁴ Cfr. S. W. POLLVOGT, *Unconstitutional Animus*, 81 *Fordham Law Review* 887 (2013), 894. Tale posizione è presente già in una risalente giurisprudenza, precedente all'elaborazione dello scrutinio stretto: v., ad esempio, *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1879), 305 ss.

²³⁵ Questo elenco di criteri si deve a M. STRAUSS, *Reevaluating Suspect Classifications*, cit., 146. In *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), 28, la Corte ebbe modo di

L'aspetto dell'esclusione dal processo politico, in particolare, è assai rilevante, nel senso che lo scopo della maggiore protezione giudiziale è stata da taluno individuato (sulla scorta delle suggestioni che derivano dalla sentenza *Carolene Products*) proprio nella necessità di correggere le eventuali distorsioni del processo democratico che, per la natura stessa della minoranza in questione, rischiano di non poter trovare soluzione nell'attività dello stesso legislatore (eventualmente a seguito del mutamento della maggioranza politica per effetto di nuove elezioni).

L'individuazione di alcuni criteri, tuttavia, non rende automatica quella che potremmo chiamare la “meta-classificazione” delle classificazioni operate dal legislatore, anche perché non è chiaro quali degli elementi citati costituiscano *condizioni necessarie, quali sufficienti, quali necessarie e sufficienti*.

Né, peraltro, sono definitivamente tracciati da un punto di vista teorico i confini che separano le classificazioni sospette da quelle quasi-sospette, che impongono uno scrutinio di tipo intermedio (utilizzato dalla Corte Suprema, come già visto, per le discriminazioni fondate sul genere e sullo *status*, legittimo o meno, del rapporto di filiazione). Secondo una parte della dottrina, le categorie quasi sospette sarebbero quelle che arrivano quasi ad attingere ai requisiti individuati dalla Corte Suprema senza soddisfarli pienamente²³⁶.

L'indeterminatezza della categoria in esame, probabilmente, è legata al fatto che l'indice di sospetto è frutto della elaborazione giurisprudenziale, nulla essendo previsto in Costituzione, diversamente da quanto accade, ad esempio, nella Costituzione italiana, il cui art. 3, primo comma, vieta al legislatore di discriminare sulla base di fattori quali la razza, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali o sociali (peraltro, è evidente *ictu oculi* che non tutti i fattori previsti dall'art. 3 sono idonei a suscitare il medesimo grado di “sospetto”).

riassumere alcuni degli indici di sospetto, riferendosi ad una asserita classificazione basata sul censo: «the class [...] have none of the traditional indicia of suspectness: the class is not saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process».

²³⁶ R. CULVERHOUSE-C. LEWIS, *Homosexuality as a Suspect Class*, 34 *South Texas Law Review* 205 (1993), 209.

Si tratta, dunque, di una classificazione non stabilita in generale una volta per tutte ma potenzialmente aperta, come risulta, implicitamente, da una interessante opinione dissenziente del giudice Thurgood Marshall del 1976, il quale si riferisce anche alla problematica dei diritti fondamentali: «It cannot be gainsaid that there remain rights, not now classified as “fundamental”, that remain vital to the flourishing of a free society, and classes, not now classified as “suspect”, that are unfairly burdened by invidious discrimination unrelated to the individual worth of their members»²³⁷.

A titolo meramente esemplificativo, è di grande attualità l'interrogativo circa lo standard di scrutinio applicabile alle distinzioni fondate sull'orientamento sessuale: al riguardo, invero – nonostante i tentativi dottrinali di dimostrare che si tratti di una *suspect-classification*²³⁸ – mancano affermazioni della Corte Suprema in tal senso²³⁹.

Si tratta di questioni di particolare importanza (non solo teorica ma anche) pratica, dal momento che la scelta del livello di scrutinio (legata, come ampiamente detto, alla natura della classificazione) è sovente decisiva ai fini dell'esito del giudizio²⁴⁰. Pur avendo evitato di pronunciarsi sul tipo di scrutinio applicabile in caso di distinzioni fondate sull'orientamento sessuale, peraltro, la Corte Suprema ha di recente dichiarato l'incostituzionalità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, con una storica sentenza adottata a strettissima maggioranza (5-4), con feroci opinioni dissenzienti redatte dai giudici rimasti in minoranza²⁴¹.

²³⁷ *Massachusetts Bd. Of Retirement V. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976), 320 (Marshall, J., *dissenting*).

²³⁸ V. in tal senso già la posizione di R. CULVERHOUSE-C. LEWIS, *Homosexuality as a Suspect Class*, cit., secondo i quali «homosexuals certainly fit most, if not all, of the criteria of a suspect class».

²³⁹ Cfr., in tal senso, K. R. EYER, *Constitutional Crossroads and the Canon of Rational Basis Review*, 48 *University of California Davis Law Review* 527 (2014), 529, secondo cui «Over the last twenty years, the Supreme Court has decided a series of cases [...] in which it has constitutionally invalidated anti-gay discrimination. In each of these cases, the Court has declined to directly specify its standard of review [...]».

²⁴⁰ Si tratta di considerazione diffusa in dottrina: v., per tutti, J. W. ELLIS, *On the «Usefulness» of suspect classifications*, cit., 375.

²⁴¹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 2015. Hanno redatto delle opinioni dissenzienti i giudici Roberts (*Chief Justice*), Scalia, Thomas e Alito. Nella dottrina italiana che si è occupata di tale decisione, v. G. ROMEO, *Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Diritticomparati.it*, 1 agosto 2015; A. SCHILLACI, «Enjoy liberty as we learn its meaning». *Obergefell v. Hodges tra libertà, uguaglianza e pari dignità*, in *Diritti umani e diritto*

Per quanto concerne altre possibili classificazioni, giova sottolineare che le distinzioni fondate sull'età²⁴² e sulla disabilità²⁴³, oltre che quelle basate sullo stato economico-sociale²⁴⁴, nonostante talune critiche dottrinali, ricevono tutt'oggi, per costante giurisprudenza, il livello minimo di sindacato (*rational basis review*).

4.1.2. *I diritti fondamentali*

Si accennava in precedenza come lo *strict scrutiny* è generalmente attivato a tutela, da un lato, dei *diritti garantiti dal Primo emendamento* alla Costituzione statunitense (ricorrendo determinati presupposti) e, dall'altro, quando si tratta di verificare la compatibilità costituzionale di interventi limitativi di *altri diritti fondamentali* (in tal caso il parametro è rappresentato dal Quattordicesimo emendamento, per la legislazione statale, e dal Quinto, per quella federale).

Non sussistono particolari problemi interpretativi per quanto concerne l'individuazione dei diritti di cui all'emendamento di apertura del c.d. Bill of Rights (1791): libertà di espressione (*freedom of speech* e *freedom of press*), libertà religiosa, libertà di riunione.

Ciò che invece può risultare problematico è ricostruire, soprattutto con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero, quali specifiche ipotesi richiedono il più elevato standard di controllo di legittimità costituzionale. Come è stato messo in luce in dottrina, infatti, due fattori influiscono sul *quantum* di protezione giudiziale *in subiecta materia*; a) il tipo di «speech» e b) la natura delle limitazioni: «The kind of speech at issue is relevant: contribution limitations receive less protection than expenditure limitations in campaign finance laws; commercial speech receives less protection than noncommercial speech; and expressive conduct receives less protection than pure speech. The form of regulation is significant too: content-based laws receive greater scrutiny than

internazionale, 2015, n. 3, 639 ss.; C. BOLOGNA, *Corte Suprema e same-sex marriage: opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, fasc. 3, 768 ss.

²⁴² Si nega che la distinzione sulla base dell'età sia sospetta in *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, cit., 312 ss.

²⁴³ V. K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, cit., 756.

²⁴⁴ V. *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, cit. Secondo G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 49, «se la Corte avesse accolto il suggerimento [di annoverare tra le classificazioni sospette il binomio “ricchezza-povertà”] la sua giurisprudenza avrebbe incorporato potenti spinte di solidarietà sociale e sarebbe scesa sul terreno di un impegno riformistico di tipo socialdemocratico».

content-neutral laws; injunctions receive greater scrutiny than laws of general applicability; and public forum restrictions receive greater scrutiny than nonpublic forum restrictions»²⁴⁵.

Per quanto concerne, in particolare, la natura della limitazione, la Corte Suprema ha chiarito che sono *content-neutral* quegli interventi che incidono sulla libertà di manifestazione del pensiero, senza aver riguardo, da un lato, al punto di vista ideologico del messaggio veicolato e, dall'altro, all'argomento trattato²⁴⁶.

Ancor più complessa è la questione relativa alla individuazione dei diritti fondamentali «altri» rispetto a quelli appena citati.

Utilizzando la sintesi proposta da un'attenta dottrina, tre sono sostanzialmente le possibili opzioni interpretative, secondo le quali può ritenersi che siano fondamentali: 1) tutti i diritti garantiti dai primi otto emendamenti alla Costituzione (dal momento che il Nono ed il Decimo non si riferiscono a specifici diritti)²⁴⁷; 2) i soli diritti contenuti nel *Bill of Rights* che sono stati “incorporati” (dunque, ritenuti applicabili anche nei confronti degli Stati e non solo della Federazione, a cui formalmente quelle prescrizioni costituzionali si rivolgono); 3) i soli diritti posti in una «preferred position», perché finalizzati alla tutela della dignità umana e dell'autogoverno democratico²⁴⁸. Lo stesso Autore che ha proposto la classificazione citata, tuttavia, ha dimostrato – sulla base della giurisprudenza della Corte Suprema federale – che, quale che sia la definizione prescelta, l'affermazione che la limitazione di un diritto fondamentale comporti in ogni caso l'utilizzo dello scrutinio stretto è sostanzialmente falsa, dal momento che

²⁴⁵ Così J. L. GREENBLATT, *Putting The Government to the (Heightened, Intermediate, or Strict) Scrutiny Test: Disparate Application Shows Not All Rights and Powers Are Created Equal*, 10 *Florida Coastal Law Review* 421 (2009), 444 s., alla quale si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

²⁴⁶ Così A. ZAHEER, *Judging Judges: Why Strict Scrutiny Resolves the Circuit Split over Judicial Speech Restrictions*, 87 *Notre Dame Law Review* 879 (2011), 882, nel testo e nelle note 21 e 22.

²⁴⁷ Il Nono emendamento alla Costituzione prevede che «I diritti elencati nella Costituzione non potranno essere interpretati in modo tale da negare o misconoscere altri diritti goduti dai cittadini». Secondo il Decimo emendamento, «I poteri non demandati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai singoli Stati o al popolo».

²⁴⁸ A. WINKLER, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, 23 *Constitutional Commentary* 227 (2006), 228.

i giudici federali applicano lo *strict scrutiny* per alcuni diritti fondamentali e non per altri²⁴⁹.

Per quanto concerne la prima possibile definizione, si è messo in evidenza come solo l'invocazione di due dei primi dieci emendamenti (segnatamente, il Primo ed il Quinto e quest'ultimo solo in alcune sue parti) conducano ad una pressoché automatica applicazione dello scrutinio stretto. Per gli altri – che pure concernono, in varia misura, aspetti fondamentali di tutela dell'individuo dal potere pubblico²⁵⁰ – non vi è traccia di alcuna forma di rigorosa protezione giudiziale.

In relazione ai diritti c.d. incorporati – quei diritti fondamentali che attengono alla persona umana e la cui negazione sarebbe intollerabile – valgono le medesime considerazioni appena accennate.

Per ciò che attiene, infine, ai diritti che si trovano in una *preferred position*, può notarsi che il *right to privacy* è stato talvolta tutelato in forme meno intense rispetto allo *strict scrutiny*²⁵¹. Un altro aspetto particolarmente rilevante sottolineato dall'Autore in esame, e che meriterebbe una specifica riflessione, è quello della mancata applicazione, da parte della Corte, dello scrutinio stretto quando si tratti di verificare la legittimità di interventi limitativi di diritti di persone sottoposte a restrizione della libertà personale²⁵².

Recentemente, peraltro, la stessa idea che solo alcuni diritti siano «fondamentali» è stata sottoposta ad una severa critica in dottrina: la Costituzione non distinguerebbe, infatti, tra diritti e diritti (anzi sembrerebbe negare questa possibilità con il Nono emendamento) e, dunque, la *presumption of*

²⁴⁹ A. WINKLER, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, cit., 239, che così conclude: «laws infringing upon fundamental rights are subject to strict scrutiny, but only some of those rights, only some of the time, and only when challenged by some people».

²⁵⁰ Ivi compreso, come confermato da una recente decisione della Corte Suprema, il Secondo emendamento, che sancisce il diritto di ciascuno di portare armi.

²⁵¹ A. WINKLER, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, cit.

²⁵² Il tema dei diritti dei detenuti, come è noto, è oggetto da qualche anno di particolare attenzione da parte della dottrina costituzionalistica italiana, la quale ha meritoriamente posto in evidenza (anche sulla scorta di importanti affermazioni del Giudice delle leggi) la necessità di garantire la piena applicazione della Legge fondamentale anche all'interno degli istituti di detenzione – salvi i necessari adattamenti legati alle peculiari esigenze della comunità carceraria. Sulle problematiche collegate a tale tema, v. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002; ID., *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014; S. TALINI, *Il corpo ristretto. Il processo giurisprudenziale di emersione dei diritti nell'esecuzione penale*, Tesi di dottorato, 2015.

constitutionality, come regola generale, dovrebbe essere sostituita da una opposta *presumption of liberty*²⁵³.

Ciò perché, in estrema sintesi, la Costituzione non distingue affatto tra vari tipi di diritti e, anzi, un approccio originalista al Quinto e al Quattordicesimo emendamento comporta la necessità di porre sullo stesso piano i diritti espressamente previsti con quelli c.d. “innominati”.

È chiaro che un simile approccio impone un ribaltamento di prospettiva: con le evocative parole di altro Autore, si sostiene che la Costituzione ha stabilito isole di potere pubblico circondate da un mare di diritti individuali e non già isole di diritti circondate da un mare di potere pubblico²⁵⁴.

Peraltro, è interessante notare come la Corte Suprema richieda talvolta che la limitazione del diritto in questione sia *significativa*, rifiutandosi di utilizzare il più elevato standard di controllo di costituzionalità laddove l’incisione nella situazione giuridica soggettiva fondamentale in esame sia di modesta entità²⁵⁵.

4.2. I test di giudizio

4.2.1. L’impellente interesse pubblico

La questione non risulta più pacifica per quanto concerne i test di giudizio che la norma scrutinata deve superare per non essere dichiarata illegittima.

Si è osservato, infatti, che non è agevole precisare in cosa consista questo «pressante interesse pubblico» (che ricorda, ma forse solo nel *nomen*, i «motivi imperativi di interesse generale», tante volte evocati dalla Corte EDU), poiché «the Supreme Court has frequently adopted an astonishingly casual approach to identifying compelling interests»²⁵⁶.

Come è stato notato, peraltro, l’introduzione della possibilità di giustificare determinate disposizioni (presuntivamente illegittime) comporta una qualche relativizzazione del principio di rigidità costituzionale, poiché l’interesse pubblico

²⁵³ Per questa posizione, v. R. E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty* [2004], Princeton, Revised edition, 2014, spec. 226 ss.

²⁵⁴ S. MACEDO, *The New Right v. the Constitution*, Washington, 1987, 97, richiamato da R. E. BARNETT, *The Presumption of Liberty*, cit., 271.

²⁵⁵ *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U.S. 351 (1997); *Burdick v. Takushi*, 504 U.S. 428 (1992)

²⁵⁶ Così R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1321.

impellente, pur non trovando formale riconoscimento nel testo costituzionale, giustifica limitazioni a diritti di rango costituzionale²⁵⁷. Per superare tale obiezione, si dovrebbe richiedere che l'impellente interesse pubblico idoneo a giustificare la compressione di diritti trovi copertura nella Legge fondamentale²⁵⁸.

Al riguardo, sinteticamente, si può ricordare una delle classificazioni degli «impellenti interessi pubblici» proposta da una risalente dottrina. Essa muove dal presupposto che l'impellente interesse è, per definizione, quello che *impone ai poteri pubblici di agire*, senza possibilità di inerzia e che, in un governo democratico, non può che coincidere con la preservazione dello stesso Stato democratico. Intesa alla lettera, tale posizione porterebbe a giustificare solo interventi volti ad evitare una catastrofe imminente (e, dunque, assolverebbe ad una funzione assai garantista). In realtà, tale dottrina distingue tra 1) la sicurezza dello Stato; 2) la difesa della democrazia rappresentativa; 3) la protezione di interessi di rango costituzionale; 4) la garanzia dell'ordine sociale e dello Stato di diritto²⁵⁹.

È evidente che si tratta di clausole così ampie da delimitare in termini assai poco efficaci il campo degli «interessi pubblici impellenti»: ciò risulta confermato da una giurisprudenza che sembra muoversi essenzialmente su base casistica. A titolo meramente esemplificativo, sono stati individuati quali interessi pubblici impellenti, la garanzia della sicurezza nazionale²⁶⁰, la tutela della fiducia dei cittadini nel potere giudiziario²⁶¹, la prevenzione della corruzione²⁶², lo sradicamento delle discriminazioni di genere²⁶³, la protezione del benessere psico-fisico dei minori²⁶⁴. In altre occasioni la Corte Suprema ammette – ma non concede – che un determinato interesse pubblico sia “impellente”, evitando di prendere posizione sulla questione in termini generali, ma concentra la sua

²⁵⁷ A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi*, cit., 146 ed ivi il rinvio a G. DOLSO, *Bilanciamento tra principi e strict scrutiny nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, 4152 ss.

²⁵⁸ R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit.

²⁵⁹ D. C. SOBELSOHN, *Of Interests, Fundamental and Compelling: the Emerging Constitutional Balance*, 57 *Boston University Law Review* 462 (1977), 479 ss.

²⁶⁰ *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981), 307.

²⁶¹ *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U.S. ____ (2015).

²⁶² *Austin v. Mich. Chamber of Comm.*, 494 U.S. 652 (1990), .

²⁶³ *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

²⁶⁴ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), 756 s.

attenzione sul secondo test (quello relativo ai mezzi), giungendo comunque, per tale via, a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma in questione²⁶⁵.

4.2.2. La stretta proporzionalità

Il secondo test che sostanzia lo *strict scrutiny*, come visto in precedenza, è quello relativo alla *stretta proporzionalità* dell'intervento normativo: si tratta di un aspetto meno indagato dalla dottrina statunitense rispetto alla individuazione del «compelling public interest».

Come è stato analiticamente messo in luce, il test di proporzionalità comprende tre (se non quattro) differenti valutazioni²⁶⁶.

In primo luogo, occorre dimostrare la necessità della limitazione del diritto, ossia provare che l'interesse pubblico impellente non può essere perseguito se non attraverso la limitazione del diritto in questione (non esistendo, dunque, *alternativa meno restrittiva*)²⁶⁷.

Occorre, successivamente, scrutinare l'estensione dell'intervento statale (o federale), nel senso di verificare che esso non sia a) *sotto* o b) *sopra-dimensionato* rispetto al perseguimento dell'impellente interesse pubblico.

Tale intervento, verso il basso, non deve essere *underinclusive*: non deve cioè escludere dal proprio ambito *situazioni che pongono nei confronti dell'impellente interesse pubblico lo stesso grado di minaccia* rispetto alle situazioni concretamente disciplinate²⁶⁸. Si tratta di un aspetto particolarmente interessante, perché probabilmente meno intuitivo rispetto al punto successivo (al caso in cui, cioè, la disciplina è sovradimensionata). Due sono generalmente le

²⁶⁵ Per esempio, di recente, v. *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. ____ (2015), par. III: «Assuming for the sake of argument that those are compelling governmental interests, the Code's distinctions fail as hopelessly underinclusive».

²⁶⁶ Così R. H. FALLON, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1326 ss.

²⁶⁷ R. H. FALLON, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1326, a cui si rinva anche per le interessanti citazioni giurisprudenziali.

²⁶⁸ Così R. H. FALLON, *Strict Judicial Scrutiny*, 1327. In senso sostanzialmente analogo E. VOLOKH, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 2417 (1997): «a law is not narrowly tailored if it fails to restrict a significant amount of speech that harms the government interest to about the same degree as does the restricted speech». V., in giurisprudenza, *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989), 541 s. (Scalia, J., *concurring*): «a law cannot be regarded as protecting an interest "of the highest order" and thus as justifying a restriction upon truthful speech, when it leaves appreciable damage to that supposedly vital interest unprohibited» (citazioni interne omesse).

ragioni evocate ai fini della declaratoria di invalidità di una disposizione *underinclusive*: una di carattere “psicologico” ed una teleologica (o di valutazione dei benefici rispetto ai costi).

Quanto al primo aspetto, una disposizione sottodimensionata mina la credibilità della *ratio* dell’intervento (ossia dell’interesse pubblico evocato, il quale probabilmente non sarà così impellente)²⁶⁹. Dal punto di vista teleologico, invece sarebbe irragionevole disporre la limitazione di un diritto, se ciò – per la natura sottoinclusiva dell’intervento – fosse comunque insufficiente al perseguimento dell’impellente interesse pubblico avuto in mente dal legislatore²⁷⁰.

All’estremo opposto, la disciplina in questione non deve essere sovradimensionata (*overinclusive*), ossia coprire un ambito (soggettivo o oggettivo) più ampio di quello strettamente necessario al perseguimento dell’impellente interesse pubblico invocato²⁷¹.

Un’ultima analisi, infine, introduce un elemento di flessibilità, volto ad evitare un’eccessivamente rigida applicazione dei criteri sin qui elencati, sulla base delle conseguenze negative che si produrrebbero nel sanzionare ogni più piccolo scostamento dall’“ottimo”. È necessario, dunque, pesare e bilanciare la misura dello scostamento nell’ottica di una analisi dei costi e benefici della disciplina adottata²⁷².

5. Strict scrutiny: *natura e funzioni*

Rimangono, infine, da analizzare brevemente i profili *funzionali* dello scrutinio stretto. Da un’attenta analisi condotta in dottrina, è emerso che la giurisprudenza federale non sembra aver preso una posizione definitiva sulla natura e sugli scopi del più intransigente controllo di costituzionalità, ma che

²⁶⁹ R. H. FALLON, *loc. ult cit.* Per un’affermazione giurisprudenziale particolarmente netta v. la sentenza *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002), 780: «As a means of pursuing the objective of openmindedness that respondents now articulate, the announce clause is so woefully underinclusive as to render belief in that purpose a challenge to the credulous».

²⁷⁰ R. H. FALLON, *loc. ult cit.*

²⁷¹ Cfr., sul punto, R. H. FALLON, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1328, anche per la differenza con il test dell’“alternativa meno restrittiva”. V. anche E. VOLOKH, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, cit.: «A law is not narrowly tailored if it restricts a significant amount of speech that doesn’t implicate the government interest. The theory here is that if the government can serve the interest while burdening less speech, it should».

²⁷² R. H. FALLON, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1330.

possono essere individuate tre diverse ipotesi ricostruttive relative alla natura dello *strict scrutiny*.

A tale riguardo, si è suggerito, in primo luogo, che lo *strict scrutiny* sia finalizzato a far valere un divieto «quasi categorico» di limitare alcuni diritti, ritenuti di valore tale da poter essere sacrificati solo per evitare «danni catastrofici imminenti»²⁷³. Si tratta, come è evidente, della versione più rigorosa e più chiaramente garantistica dei diritti fondamentali.

Sebbene la Corte Suprema non abbia mai espressamente abbracciato tale posizione, essa sembra meritare qualche sintetica considerazione. Le disposizioni costituzionali che riguardano i diritti fondamentali si configurano effettivamente quale limite assai significativo all'azione del legislatore, nel senso di vietarne la compressione. Eppure i diritti fondamentali richiedono, in determinate circostanze, di essere compressi, per poter essere “messi a sistema” con altri interessi costituzionalmente protetti: ricostruire allora la massima estensione del diritto e l'assenza di limitazioni come regola generale e quasi categorica, e consentire eccezioni alla regola solo in presenza di circostanze straordinarie, permette effettivamente di conciliare le due esigenze contrapposte.

Secondo un differente approccio interpretativo, invece, si tratterebbe di una peculiare forma di *bilanciamento*²⁷⁴, caratterizzata dal particolare peso da cui è caratterizzato il piatto (per rimanere nella metafora della *libra*) sul quale è posto il diritto fondamentale in questione. In questo caso, come si è precisamente detto da parte di altra dottrina, la «Corte soppesa i costi della legge nei termini del suo impatto sui diritti individuali con i benefici che la stessa legge apporta alla società nel suo complesso».²⁷⁵ Mediante tale approccio la Corte Suprema sembrerebbe aver adottato un approccio intermedio tra il, già citato, orientamento del giudice Black – di difesa assoluta delle libertà riconducibili al Primo emendamento – e quello pragmatico (e forse altrettanto radicale, in senso democratico-massimalista) del giudice Frankfurter, per il quale, di fronte al potere del Congresso, non esistono *preferred positions*²⁷⁶.

²⁷³ R. H. FALLON, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1303.

²⁷⁴ R. H. FALLON, *Strict Judicial Scrutiny*, cit.

²⁷⁵ A. WINKLER, *Fatal in Theory*, cit., 803.

²⁷⁶ Lo ricorda A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi*, cit., 141 s. Secondo A. WINKLER, *Fatal in Theory*, cit., 804: «if Black's absolutist approach gave rights too

Per un terzo indirizzo, infine, lo scopo dello *strict scrutiny* sarebbe quello di eliminare dall'ordinamento quelle disposizioni dettate da motivi o scopi discriminatori.

Si tratta di una posizione che trova conferme in numerose decisioni della Corte Suprema, sin dalla già citata sentenza *Skinner v. Oklaoma* (la quale, non pare inopportuno rammentarlo, si colloca in un'epoca precedente la completa elaborazione dello *strict scrutiny*)²⁷⁷. Anche in epoca ben più recente, la Corte Suprema ha affermato – come ad esempio in *Johnson v. California* – che lo scrutinio stretto nasce proprio dal timore che certe discriminazioni (si trattava, in particolare, della razza) siano dettate da un *invidious purpose*, e che il suo scopo è proprio quello di eliminare (*smoke out*) tali motivi illegittimi.²⁷⁸

Effettivamente, laddove le Corti non ribaltassero l'usuale presunzione di legittimità, il compito di chi contesta la validità dell'atto oggetto del giudizio sarebbe invero particolarmente gravoso, nel senso che per le ragioni già viste non sarebbe sufficiente dimostrare l'esistenza di un intento discriminatorio, ma sarebbe necessario contestare addirittura l'esistenza di un valido motivo razionale che sorregga le scelte del legislatore, il che condurrebbe probabilmente al rigetto della gran parte delle questioni di legittimità costituzionale.

6. *Considerazioni conclusive: uno strumento ancora attuale*

Lo schema dei tre livelli di giudizio è senza dubbio diretto ad imporre una certa (auto)disciplina alla Corte Suprema (e ai giudici federali in genere) nel giudicare della validità delle norme scrutinate, in un Paese in cui il problema della c.d. difficoltà contro-maggioritaria è particolarmente presente nel dibattito giuridico e politico²⁷⁹ (ed è prepotentemente riemerso, recentemente, nelle

much protection, [Frankfurter's] simple bimodal balancing offered too little. Heightened scrutiny was a compromise».

²⁷⁷ Devo tali citazioni giurisprudenziali a A. WINKLER, *Fatal in Theory*, cit., 802 s.

²⁷⁸ La stessa Corte Suprema ha affermato che: «We apply strict scrutiny to all racial classifications to “«smoke out» illegitimate uses of race by assuring that [government] is pursuing a goal important enough to warrant use of a highly suspect tool”» [*Grutter v. Bollinger*, cit., 326: la citazione interna è tratta dalla sentenza *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), 493].

²⁷⁹ L'espressione *countermajoritarian difficulty*, come già ricordato in precedenza, si deve ad A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., 16. Tale questione è stata affrontata, nella dottrina italiana, da C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto*

opinioni dissenzienti alla sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di matrimonio omosessuale)²⁸⁰. La stessa *querelle* sull'interpretazione costituzionale, che vede fronteggiarsi gli originalisti e i fautori dell'interpretazione evolutiva e che costituisce uno dei grandi temi del confronto accademico (e non solo), risente, in maniera piuttosto evidente, di questo importante tema di fondo²⁸¹.

In particolare, la *presunzione di legittimità costituzionale* – applicabile salva la sussistenza dei più volte richiamati presupposti per uno scrutinio maggiormente penetrante – costituisce un condivisibile tentativo di conciliare il *judicial review of legislation* con la necessaria deferenza nei confronti del legislatore democratico (che non gode, in questa esperienza ordinamentale, del privilegio di avere il “proprio” giudice specializzato, quantunque la modalità di nomina dei giudici federali abbia molto in comune con quelle previste per gli organi di giustizia costituzionale).

Dall'altro lato, l'opposta presunzione di invalidità, proietta sul piano processuale *la più intensa protezione sostanziale che la Legge fondamentale accorda a determinati diritti o principi (quale quello di eguaglianza)*. Per quanto concerne, in particolare, la tutela dei diritti fondamentali sembra trasparire l'idea della eccezionalità di ogni limite posto al loro godimento; limite che – per essere ritenuto costituzionalmente legittimo – deve muoversi all'interno di coordinate

costituzionale, 2008, 3 ss., e, più di recente, da O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., spec. 120 ss., che sottolinea il carattere più propriamente contro-elettivo di tale problema.

²⁸⁰ *Obergefell v. Hodges*, cit. Si v. ad esempio, la *dissenting opinion* del Giudice Scalia, ove si afferma, tra l'altro: «Today's decree says that my Ruler, and the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court. The opinion in these cases is the furthest extension in fact—and the furthest extension one can even imagine—of the Court's claimed power to create “liberties” that the Constitution and its Amendments neglect to mention. This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves».

²⁸¹ Secondo la più generale (ché l'originalismo contiene almeno due varianti) ma efficace definizione, «originalism regards the discoverable meaning of the Constitution at the time of its initial adoption as authoritative for purposes of constitutional interpretation in the present» [K. E. WHITTINGTON, *The New Originalism*, 2 *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 599 (2004), 599]. Sul tema, nella dottrina italiana, v. F. GIUFFRÈ-I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008; P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. I, 281 ss.; A. LONGO, *Alcune riflessioni su tempo, co-testualità ed ermeneutica costituzionale, tra posizioni teoriche e itinerari giurisprudenziali*, in *Giustamm.it*, 6 ottobre 2014, spec. 4 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 141 ss. (al quale si rinvia anche per la distinzione tra *old originalism* e *new originalism*: *ivi*, 147 ss.)

assai stringenti. Al contrario, laddove non vengono in rilievo i citati diritti e principi, la discrezionalità del legislatore statale e di quello federale riacquista tutta la sua ampiezza, venendo a costituire condizione di illegittimità solo l'assenza di ogni fondamento razionale della scelta effettuata dalle assemblee legislative: in questi casi i giudici intervengono esclusivamente a sanzionare «casi estremi, di incongruità, inadeguatezza, inidoneità, abnormità della legislazione»²⁸².

Sarebbe certamente ingenuo, tuttavia, ritenere che l'approccio strutturato sui tre livelli citati conduca a delle motivazioni (e a delle decisioni) costruite *more geometrico*, perfettamente prevedibili²⁸³, anche perché, altrimenti, le decisioni della Corte Suprema in cui si applicano gli standard di controllo in esame sarebbero prese all'unanimità, come di norma, invece, non accade, essendovi spesso dissensi tanto sulle motivazioni, quanto sul dispositivo (e, forse, a monte, vi sarebbe un numero minore di leggi incostituzionali, anche se questa affermazione potrebbe essere tacciata di ottimistico intellettualismo etico).

Ad avviso di chi scrive, lo *strict scrutiny* e, più in generale, l'elaborazione di differenti standard collegati all'oggetto del giudizio – e ciò vale naturalmente anche per la nostra Corte – non costituisce la *fine della storia*²⁸⁴ del controllo di

²⁸² Così M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutasi a Palazzo della Consulta dal 24 al 26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

²⁸³ «It is not a system that produces logically necessary results»: così S. E. GOTTLIEB, *Tears for Tiers on the Rehnquist Court*, 4 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 350 (2002), 371. Ancora più netta la critica del Giudice Blackmun, nella sua *concurring opinion* alla decisione *Illinois State Bd. of Elections v. Socialist Workers Party*, 440 U.S. 173 (1979), 188: «Although I join the Court's opinion and its strict scrutiny approach for election cases, I add these comments to record purposefully, and perhaps somewhat belatedly, my unrelieved discomfort with what seems to be a continuing tendency in this Court to use as tests such easy phrases as "compelling state interest" and "least drastic [or restrictive] means." I have never been able fully to appreciate just what a "compelling state interest" is. If it means "convincingly controlling," or "incapable of being overcome" upon any balancing process, then, of course, the test merely announces an inevitable result, and the test is no test at all. And, for me, "least drastic means" is a slippery slope, and also the signal of the result the Court has chosen to reach. A judge would be unimaginative indeed if he could not come up with something a little less "drastic" or a little less "restrictive" in almost any situation, and thereby enable himself to vote to strike legislation down. This is reminiscent of the Court's indulgence, a few decades ago, in substantive due process in the economic area as a means of nullification. I feel, therefore, and have always felt, that these phrases are really not very helpful for constitutional analysis. They are too convenient and result-oriented, and I must endeavor to disassociate myself from them. Apart from their use, however, the result the Court reaches here is the correct one. It is with these reservations that I join the Court's opinion» (citazioni interne omesse).

²⁸⁴ Si tratta, come è noto, del titolo del celebre volume di F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992, in cui l'A., riprendendo

costituzionalità e l'inizio di un'era di sillogistica risoluzione dei dubbi sulla validità delle leggi; più modestamente e realisticamente, esso dovrebbe servire a fornire dei modelli di valutazione che rendano la decisione – se non prevedibile *ex ante* – quantomeno maggiormente controllabile *ex post*.

Ciò non solo per l'inevitabile margine valutativo che ogni attività interpretativa comporta e che è irriducibile agli schemi della logica classica, ma anche perché l'elaborazione dello *strict scrutiny* – come è emerso dall'analisi condotta nel par. 4 – sconta ancora oggi una serie di incertezze, legate all'esatto contenuto dei presupposti del controllo più rigoroso e dei singoli test che lo costituiscono²⁸⁵.

Nonostante l'elevato grado di formalizzazione – per così dire – *esterna* degli schemi di giudizio, appare evidente, infatti, che le incertezze relative alla precisa delimitazione, *all'interno*, dei presupposti dello *strict scrutiny* e all'esatto significato dei test che devono essere superati, producano, come effetto, una certa *relativizzazione della autodisciplina che i giudici federali si sono imposti nell'elaborazione di questi protocolli di giudizio*.

Non solo: la dottrina più recente ha posto in evidenza la crisi dei tre *standard*, per come erano conosciuti al loro primo apparire; ciò sarebbe testimoniato da applicazioni dello *strict scrutiny* più deferenti rispetto al modello originario (che non era deferente affatto) e, dall'altro lato, forme maggiormente aggressive del *rational basis review* (definito, efficacemente, *rational basis with bite*)²⁸⁶. Ciò conferma l'impossibilità di pensare a questi standard come modelli chiari, fissi e sostanzialmente insensibili al mutare delle vicende storico-politiche (oltre che alle variazioni nella composizione soggettiva degli organi giurisdizionali federali).

A chi scrive pare, tuttavia, che i numerosi spunti problematici sopra citati, lungi dal rendere necessario l'abbandono degli schemi in esame, manifestino

una tesi provocatoriamente avanzata in un suo articolo del 1989 [*The End of History*, in *The National Interest*, 16 (Summer 1989), 3 ss.], ipotizzava che la democrazia liberale costituisse il punto di arrivo dell'evoluzione ideologica dell'umanità.

²⁸⁵ «All aspects of the tiers of scrutiny need to be specified precisely, or the tiers lose their meaning and cease to be effective in distinguishing actions consistent with the guarantee of equal protection from those that violate it»: così S. E. GOTTLIEB, *Tears for Tiers on the Rehnquist Court*, cit., 351.

²⁸⁶ V., sul tema, G. L. PETTINGA, *Rational Basis With Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name*, cit., che riconduce tale forma di controllo ad uno scrutinio intermedio praticato ma non dichiarato.

semplicemente – oltre alla difficoltà di limitare un'attività, come quella del controllo costituzionale, caratterizzata da inevitabili margini di creatività/politicità (secondo una prospettiva realistica difficilmente negabile) – la ricchezza e la fecondità del dibattito statunitense, in cui fittamente dialogano giurisprudenza federale e dottrina²⁸⁷.

Non può non rilevarsi, infine, che non solo le modalità ma anche la frequenza di decisioni in cui si applica lo *strict scrutiny* è molto probabilmente influenzata dalle concrete condizioni politiche e sociali di un determinato momento storico, nel senso che, effettivamente, negli anni della Guerra Fredda e in quelli della segregazione razziale, alla luce delle numerose disposizioni discriminatorie o limitative di diritti fondamentali, esso costituiva strumento sovente utilizzato. È pure vero, però, che il mantenimento, sotto diversi aspetti, dell'apparato normativo emergenziale approvato nei primi anni Duemila, l'emersione di nuovi gruppi “deboli”, non sufficientemente rappresentati nel processo democratico, nonché la possibilità che interventi normativi incidano anche oggi su diritti fondamentali, mantengono vive le esigenze che, pur in un contesto tanto diverso, sollecitarono una più intransigente difesa dei valori costituzionali²⁸⁸.

A tale riguardo – per fornire dati puramente quantitativi – si può richiamare uno studio apparso una decina di anni or sono che, nel fornire uno sguardo complessivo della giurisprudenza federale (non della sola Corte suprema, dunque) del periodo 1990-2003, arrivò a contare quattrocentocinquantanove casi di applicazioni dello *strict scrutiny*, in controversie che riguardavano la libertà di

²⁸⁷ Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, alla citazione dell'icastica affermazione di Gunther, richiamata anche come esergo al presente capitolo, da parte del Giudice Powell nella sua *concurring opinion* nel caso *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980), 507. Per quanto concerne l'esperienza italiana di giustizia costituzionale, i rapporti tra Corte e dottrina sono stati recentemente analizzati da D. TEGA, *La dottrina come amica curiae*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 luglio 2015.

²⁸⁸ Il tema affiorava già, oltre venti anni fa, nell'intervento di A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi*, cit., 137 s., secondo il quale «solo la definitiva sconfitta del pregiudizio razziale (almeno al livello politico-giuridico), promossa anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte, rende ora “quiescenti” gli strumenti che questa stessa giurisprudenza aveva elaborato. E, d'altra parte, mancano in atto nella società americana quelle tensioni forti che hanno condotto nel passato a mettere in discussione le libertà del primo emendamento, ovvero le c.d. *preferred positions*, protette con sindacato più rigoroso; ove queste tensioni avessero a risorgere non credo proprio che mancherebbe una rinnovata riflessione sulla garanzia più rigorosa di quei diritti che, per essere il presupposto del processo democratico, sembrano sottratti alle decisioni della maggioranza (al *majority rule*)».

manifestazione del pensiero, la libertà di associazione, la libertà religiosa, i diritti fondamentali in genere (sulla base del Quattordicesimo e del Quinto Emendamento) e le classificazioni sospette²⁸⁹.

A ciò si aggiunga la non superata rilevanza delle c.d. *affirmative actions*, che costituiscono oggetto di approfondite discussioni dottrinali: la Corte Suprema, al momento, non sembra voler mettere in discussione la posizione, citata in precedenza, per cui ai fini dell'applicazione del più elevato standard di controllo a nulla rileva la natura (benigna o meno) della discriminazione in questione.

Ulteriori indici sintomatici dell'attualità di tale strumento sono, sul versante dottrinale, i recenti contributi dottrinali dedicati allo *strict scrutiny*, che abbiamo citato nel presente capitolo, e, su quello giurisprudenziale, il richiamo del più rigoroso standard di controllo, in recentissime decisioni da parte della Corte Suprema federale²⁹⁰.

²⁸⁹ A. WINKLER, *Fatal in Theory*, cit., 809 ss. L'Autore, in particolare, ha analizzato la percentuale di sopravvivenza delle norme oggetto del controllo allo *strict scrutiny*.

²⁹⁰ *Fisher v. Univ. of TX at Austin*, cit.; *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U.S. [...] (2015).

CAPITOLO II

LO SCRUTINIO STRETTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: LO STATO DELLE COSE

SOMMARIO: 1. *Uno sguardo d'insieme allo scrutinio stretto nella giurisprudenza costituzionale* – 2. *Le leggi-provvedimento: strict (only) in theory* – 2.1. *Una definizione minima* – 2.2. *La giurisprudenza costituzionale* – 3. *Le leggi di sanatoria di atti amministrativi* – 3.1. *Minimi cenni definitivi* – 3.2. *La giurisprudenza costituzionale* – 4. *Le leggi di interpretazione autentica e le leggi retroattive* – 4.1. *Una definizione* – 4.2. *La giurisprudenza costituzionale* – 5. *Le leggi di «avocazione in sussidiarietà»* – 5.1. *Sussidiarietà e “nuovo” Titolo V* – 5.2. *La giurisprudenza costituzionale* – 6. *Le leggi che incidono su diritti inviolabili* – 6.1. *L’inviolabilità dei diritti* – 6.2. *La giurisprudenza costituzionale* – 7. *Le leggi che discriminano sulla base di uno dei fattori previsti dall’art. 3, primo comma Cost.* – 7.1. *Il nucleo duro del principio di eguaglianza* – 7.2. *La giurisprudenza costituzionale* – 7. *Le leggi che derogano al criterio territoriale di riparto di competenza del giudice amministrativo* – 7.1 *La competenza funzionale inderogabile* – 7.2 *La giurisprudenza costituzionale*

1. *Uno sguardo d'insieme allo scrutinio stretto nella giurisprudenza costituzionale*

Attraversato nuovamente l’Oceano Atlantico, in senso contrario, occorre ora soffermarsi sulle decisioni in cui la nostra Corte costituzionale *ha espressamente affermato* la necessità di uno *scrutinio più penetrante*, omettendo in questa sede, salvo un successivo riferimento nel cap. III, i casi che presentano – allo stato attuale e salva riforma costituzionale in corso di approvazione nel momento in cui si scrive¹ – un interesse eminentemente storico (è il caso delle leggi statali che, in

¹ L’art. 117 Cost. – come risultante dal testo approvato, in sede di seconda deliberazione, dal Senato della Repubblica il 20 gennaio 2016 e dalla Camera dei Deputati il 12 aprile 2016 – reintroduce, infatti, nel regolare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, l’«interesse nazionale», seppur in termini diversi dal “vecchio” Titolo V: «Su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero *la tutela dell’interesse nazionale*».

nome dell'interesse nazionale, intervenivano in materia di competenza regionale², sotto il previgente Titolo V della Parte II Cost.: una ipotesi che viene talvolta indicata come il primo caso di *strict scrutiny* operato dal nostro Giudice delle leggi³.

Una precisazione terminologica si impone: la Corte costituzionale – come talvolta, del resto, la *Supreme Court of the United States* – utilizza una aggettivazione non sempre identica per descrivere una forma di controllo più incisiva dell'ordinario, facendo riferimento, a seconda dei casi, ad uno scrutinio «stretto»⁴, «severo»⁵, «estremamente rigoroso»⁶, «stringente»⁷, senza che, a quanto consta, alla differente forma linguistica corrisponda diversa specifica sostanza.

Ciò è confermato, del resto, dalla stessa giurisprudenza della Corte, che cita come precedenti applicazioni dello scrutinio «stretto», casi in cui aveva fatto cenno ad un controllo «rigoroso»⁸. Tali diverse espressioni – le quali, come già accennato in precedenza, traducono in modo più o meno felice l'aggettivo inglese *strict* – verranno trattate, dunque, come tra loro equivalenti.

Per ciò che riguarda l'espressione più frequentemente utilizzata – «scrutinio stretto» – essa è sinora comparsa, salvo errore, in trentotto decisioni⁹. In realtà, il

Su tale aspetto della riforma costituzionale, v. A. D'ATENA, *Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015, 13 ss.; I. CIOLLI, *La riforma del Titolo V e i conflitti di fronte alla Corte costituzionale*, in *Gruppodipisa.it*, 13 ss.; F. PALERMO, *Diagnosi errata e terapia inefficace. Le Regioni nella riforma costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 gennaio 2015, 6 s.; S. PAJNO, *Considerazioni sulla riforma costituzionale in progress tra Governo, Senato e Camera dei Deputati*, in *Federalismi.it*, 24 dicembre 2014, spec. 32 ss.

² V., in particolare, la sent. n. 177/1988 e la relativa nota a commento di C. MEZZANOTTE, *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giur. cost.*, 1988, 631 ss.

³ In tal senso C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. cost.*, 2010, 3739.

⁴ V. le decisioni citate *infra*, in nota.

⁵ Ad es., sent. n. 217/1988, n. 4 del *Considerato in diritto*.

⁶ Ad es., sent. n. 94/1995, n. 7 del *Considerato in diritto*.

⁷ Ad es., sent. n. 432/1997, n. 3 del *Considerato in diritto* (in questo caso l'aggettivo non si riferisce propriamente allo «scrutinio», ma al valore che assume il canone di ragionevolezza).

⁸ V. sent. n. 185/1998, che, al n. 7 del *Considerato in diritto*, rinvia alle sentt. nn. 2/1997 (n. 3 del *Considerato in diritto*) e 153/1997 (n. 2.1 del *Considerato in diritto*).

⁹ Si tratta delle decisioni nn. 205/1996 (legge-provvedimento), 185/1998 (legge-provvedimento), 364/1999 (legge-provvedimento), 429/2002 (legge-provvedimento), 303/2003 (legge di attrazione in sussidiarietà), 6/2004 (legge di attrazione in sussidiarietà), 233/2004 (legge di attrazione in sussidiarietà), 242/2005 (legge di attrazione in sussidiarietà), 214/2006 (legge di attrazione in sussidiarietà), 88/2007 (legge di attrazione in sussidiarietà), 165/2007 (legge di attrazione in sussidiarietà), 267/2007 (legge-provvedimento), 339/2007 (legge di attrazione in sussidiarietà), 241/2008 (legge-provvedimento), 288/2008 (legge-provvedimento), 76/2009 (legge di attrazione in sussidiarietà), 94/2009 (legge-provvedimento), 137/2009 (legge-provvedimento), 48/2010 (legge-provvedimento), 53/2010 (legge-provvedimento), 234/2010 (legge di attrazione in sussidiarietà), 249/2010 (legge che discrimina sulla base di uno dei sette requisiti soggettivi previsti dall'art. 3,

totale comprende anche quelle undici decisioni in cui questa formula non “appartiene” alla Corte costituzionale, nel senso che è utilizzata dal Giudice delle leggi solo per riportare la posizione del rimettente/ricorrente o delle parti private (e può essere rinvenuta, pertanto, nel *Ritenuto in fatto* della pronuncia)¹⁰, riducendosi il “netto” a ventisette decisioni.

Peraltro, anche i casi in cui la Corte si limita a riferire la richiesta di scrutinio stretto, senza poi utilizzare tale tecnica (o comunque l’espressione che la evoca) non sono del tutto privi di interesse; essi, infatti, testimoniano *l’esistenza di una “domanda” di scrutinio rigoroso* da parte dei soggetti che, a vario titolo, sono legittimati ad invocare l’intervento del Giudice delle leggi (siano essi i giudici comuni, in sede di giudizio in via incidentale, o lo Stato e le Regioni, nel giudizio attivato in via d’azione) o comunque a prendere parte al processo costituzionale (le parti private nel primo tipo di giudizio)¹¹. Non può peraltro escludersi che tale “domanda” sia avvenuta anche in altre occasioni, nelle quali la Corte non ha ritenuto di riportare lo specifico passaggio nel *Ritenuto in Fatto* della pronuncia sulla questione.

Le categorie di leggi per le quali la Corte costituzionale ha affermato la necessità di un più rigoroso controllo, quale ne sia stata la denominazione prescelta, sono ad oggi: 1) le *leggi-provvedimento*, categoria all’interno della quale si prenderanno in separata considerazione, 1.1) le *leggi di sanatoria di atti*

primo comma, Cost.), 270/2010 (legge-provvedimento), 232/2011 (legge di attrazione in sussidiarietà), 163/2012 (legge di attrazione in sussidiarietà), 236/2012 (legge-provvedimento), 62/2013 (legge di attrazione in sussidiarietà), 85/2013 (legge-provvedimento), 102/2013 (legge-provvedimento), 154/2013 (legge-provvedimento), 173/2013 (legge-provvedimento), 269/2013 (legge-provvedimento), 64/2014 (legge-provvedimento), 100/2014 (legge di attrazione in sussidiarietà), 144/2014 (legge di attrazione in sussidiarietà), 19/2015 (legge di attrazione in sussidiarietà), 34/2015 (legge-provvedimento), 261/2015 (legge di attrazione in sussidiarietà) [i dati sono aggiornati al 31 gennaio 2016].

¹⁰ Si tratta delle pronunce nn. 48/2010, 53/2010, 236/2012, 85/2013, 102/2013, 154/2013, 173/2013, 269/2013, 100/2014, 19/2015, 34/2015. È appena il caso di precisare che, quando si tratta di ordinanze, sussiste comunque una distinzione tra «Ritenuto [in fatto]» e «Considerato [in diritto]», per quanto essa non sia segnalata in modo evidente come avviene nel caso delle sentenze.

¹¹ È, infatti, giurisprudenza costante che il giudizio attivato in via d’azione «si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l’intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando per costoro, ove ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili» (così la sent. n. 251/2015 che rinvia, quali precedenti, alle sentenze n. 118 e n. 31 del 2015, n. 210 del 2014, n. 285, n. 220 e n. 118 del 2013, n. 245, n. 114 e n. 105 del 2012, n. 69 e n. 33 del 2011, n. 278 del 2010). La dottrina, peraltro, ha segnalato la particolarità della sentenza n. 536/2002 – anticipata da ordinanza del 19 novembre 2002 – in cui la Corte ha dichiarato inammissibile l’intervento del WWF perché tardivo (A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia*, cit., 266).

amministrativi; 2) le leggi retroattive (e le leggi di interpretazione autentica)¹²; 3) le leggi di «avocazione in sussidiarietà»; 4) le leggi che discriminano sulla base di uno dei fattori previsti dall'art. 3, primo comma, Cost.; 5) le leggi che incidono su diritti fondamentali; 6) le leggi che derogano al criterio territoriale di competenza nella giustizia amministrativa.

Nelle pagine successive, premessi brevi cenni sulle caratteristiche delle singole categorie in esame, si darà conto delle decisioni che appaiono maggiormente significative degli orientamenti del giudice costituzionale nella materia della quale ci stiamo occupando.

2. Le leggi-provvedimento: strict (only) in theory

2.1. Una definizione minima

La categoria delle leggi-provvedimento¹³ è particolarmente ampia e composita¹⁴, oltre che ancora oggi dal significato incerto¹⁵, rientrandovi, in un primo e generico significato, tutte quelle leggi che non presentano (tutti o alcuni de)i caratteri ritenuti naturali, dal punto di visto teorico-generale, della normazione (generalità, astrattezza, innovatività)¹⁶.

¹² Non si ignora, peraltro, che secondo una posizione dottrinale, le leggi retroattive costituiscono leggi provvedimento: in tal senso, v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 184 s.; propende per la soluzione negativa G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, 91 ss. (il quale, tuttavia, in relazione alle leggi interpretative, ritiene che ciò valga solo quando esse non incidano su giudicati e abbiano efficacia anche per il futuro).

¹³ Espressione coniata da F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 94, nota 1, e 104, come ricorda, tra gli altri, G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, cit., 68.

¹⁴ In tal senso, tra i molti, G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, cit., 60.

¹⁵ In tal senso, condivisibilmente, M. LOSANA, *Le «leggi-provvedimento»*, in *www.dircost.unito.it*, 2, il quale ritiene che questa espressione abbia un significato ideologico e non scientifico.

¹⁶ Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 1 ss., il quale valorizza in particolare l'elemento della concretezza. È appena il caso di precisare che, nel definire i requisiti generali della normazione, l'illustre A. allude alla «stabilità» anziché all'innovatività. Nel senso che le leggi-provvedimento siano caratterizzate dalla concretezza della situazione e dalla determinatezza dei destinatari, F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Torino, 2000, 350. Una pregevole ricostruzione del dibattito dottrinale su questo specifico punto si trova in M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015, 11 ss. Su generalità, astrattezza ed innovatività, v. A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, III ed. profondamente rinnovata, Torino, 2011, 29 ss.

Una prima e tradizionale distinzione – di ascendenza mortatiana¹⁷ – è tra a) quelle leggi che apportano una deroga per un caso concreto ad una precedente disciplina generale (*legge singolare*) e b) quelle che si limitano ad applicare o eseguire per un caso concreto norme già vigenti o approvano un atto o autorizzano un'attività che già di per sé sarebbero legittimi (*legge-provvedimento in senso stretto* o legge in luogo di provvedimento, espressione quest'ultima che ha recentemente fatto il suo ingresso a Palazzo della Consulta¹⁸)¹⁹. La più recente dottrina, peraltro – nell'ottica di una ricostruzione dichiaratamente volta ad individuare la componente ideologica delle varie accezioni dell'espressione «legge-provvedimento», senza per questo volervi attribuire carattere teorico-generale o dogmatico – ha aggiunto alle due citate categorie, una terza, che comprende quelle leggi che incidono sui diritti individuali e sulle prerogative degli organi giurisdizionali²⁰, e che include le leggi auto-applicative, le leggi di sanatoria di atti amministrativi (delle quali ci occuperemo *ex professo* successivamente) e le c.d. leggi in sostituzione del provvedimento giudiziario²¹.

L'eterogeneità è comunque tale che è stata revocata in dubbio la possibilità di svolgere un discorso unitario sul tema: siffatta prospettiva, pur teoricamente condivisibile, non trova, allo stato, conferme nella giurisprudenza costituzionale che, ancora oggi, riconduce diverse tipologie di atti normativi primari sotto il *genus* delle leggi-provvedimento. In particolare, come riconosce la stessa Corte, «nella giurisprudenza costituzionale sono state definite leggi provvedimento quelle che

¹⁷ C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 1 ss.

¹⁸ V. sent. n. 85/2013, n. 12 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ Per questa distinzione v. A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento (in margine alla innovativa sent. n. 143 del 1989 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1989, 1056 s., il quale così precisa la distinzione: «a) l'ipotesi in cui il fine concreto, il bene della vita perseguito dal legislatore non potrebbe essere realizzato direttamente dalla P.A., ma occorre un atto avente forza di legge che *innovi*, sia pure per un singolo e determinato caso, alla normativa vigente, apportandovi una deroga particolare e b) l'ipotesi in cui, invece, quel dato assetto dello specifico rapporto o della situazione concreta potrebbe essere realizzato anche direttamente dalla P.A., salvi ovviamente gli effetti e le conseguenze derivanti dalla diversa efficacia e forza dell'atto».

²⁰ M. LOSANA, *Leggi provvedimento?*, cit., 32 ss. e 50 s.

²¹ Si v. M. LOSANA, *Leggi provvedimento?*, cit., 51, che discorre di un «insieme – invero piuttosto eterogeneo – di leggi che interferiscono in vario modo con la funzione giurisdizionale (ledendo la c.d. «riserva di sentenza»); indicando al giudice «la soluzione di controversie pendenti»; ponendo «nel nulla provvedimenti giurisdizionali non passati in giudicato», oppure incidendo «retroattivamente [...] su una o più questioni passate in giudicato»» (la citazione interna è di G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione*, cit., 121).

“contengono disposizioni dirette a destinatari determinati”²², ovvero “incidono su un numero determinato e limitato di destinatari”²³, che hanno “contenuto particolare e concreto”²⁴, “anche in quanto ispirate da particolari esigenze”²⁵, e che comportano l’attrazione alla sfera legislativa “della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all’autorità amministrativa”^{26,27}.

Il tema dell’ammissibilità delle leggi-provvedimento è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinale²⁸, che si è incentrato, in particolare, sull’interpretazione dell’art. 70 Cost., che ha diviso i fautori di una concezione sostanzialista della legge (intesa come normazione generale ed astratta)²⁹ da coloro i quali propugnano una concezione formalista (per cui è legge tutto ciò che è approvato secondo il procedimento prescritto dagli artt. 70 ss. Cost.)³⁰; di tali due posizioni è stato proposto il superamento con una tesi mediana – più vicina, a ben vedere, alla concezione formalista – secondo cui il *proprium* della legge è essere sviluppo e svolgimento della Costituzione, che è atto istantaneo e irripetibile³¹ e che, comporta, per quanto qui interessa, la non illegittimità, in via di principio, di leggi-provvedimento³².

Peraltro, la circostanza che la stessa Costituzione preveda ipotesi di legge-provvedimento (ad es. si v. l’art. 43 Cost.) costituisce argomento ambivalente; da

²² Cfr. sentt. nn. 154/2013, 137/2009 e 2/1997.

²³ V. sent. n. 94/2009.

²⁴ Si v. le sentt. nn. 20/2012, 270/2010, 137 /2009, 241/2008, 267/2007 e 2/1997.

²⁵ Sentt. nn. 270/2010 e 429/2002 [la sentenza n. 64/2014, da cui è tratto il riferimento, indica, probabilmente per un refuso, la sent. n. 429/2009 (che non esiste): sembra a chi scrive, invece, che il Giudice delle leggi intendesse rinviare alla sentenza, di pari numero, dell’anno 2002].

²⁶ V. sentt. nn. 94/2009 e 241/2008.

²⁷ Così la sent. n. 64/2014, n. 9.1 del *Considerato in diritto* (i richiami giurisprudenziali, omessi nel testo, sono stati riportati nelle note precedenti).

²⁸ Un’esaustiva ricostruzione del dibattito dottrinale dei primi decenni successivi all’entrata in vigore della Costituzione, arricchita da riferimenti ad Autori di epoca precedente, è quella di L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, 871 ss.

²⁹ Uno dei più autorevoli sostenitori di questa tesi è stato, come è noto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, *L’ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. a cura di F. Crisafulli, Padova, 1993, 74 ss.

³⁰ Si tratta della tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria, recepita, come si vedrà, anche dalla giurisprudenza costituzionale.

³¹ Tale tesi, che risale al celebre studio del 1970 sull’invalidità della legge – su cui avremo modo di tornare – è stata ripresa dall’A. anche in tempi più recenti: v. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Rist. agg., Torino, 2005, 27 ss.

³² F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, cit., 29: «la legislazione può assumere qualunque contenuto non contrasti con la Costituzione, e, più in particolare, anche un contenuto puntuale e concreto, insuscettibile di ulteriori svolgimenti, ma giustificato in quanto rispondente ai valori costituzionali».

un lato, infatti, si è sostenuto che ciò confermerebbe la legittimità costituzionale di siffatta tipologia di leggi; dall'altro, invece, si è obiettato che le leggi-provvedimento in tanto dovrebbero ritenersi ammissibili in quanto costituzionalmente previste³³.

Ciò che sembra tendenzialmente pacifico è il riconoscimento di un divieto di leggi-provvedimento in quei (pochi) casi in cui la Legge fondamentale imponga alla fonte primaria di assumere contenuto generale (come per esempio all'art. 16 della Costituzione: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che *la legge stabilisce in via generale* per motivi di sanità o di sicurezza»; si v. anche l'art. 21, quinto comma).

Il problema che si pone, specialmente per le c.d. leggi in luogo di provvedimento, è essenzialmente quello della *tutela dei cittadini*, come parte immediatamente passiva dell'atto legislativo, a cui però, *nella somiglianza (o addirittura identità) degli effetti, non consegue il medesimo grado di garanzia, né durante il procedimento di formazione, né in sede di tutela giurisdizionale*. Quanto al primo aspetto, occorre porre mente alla mancata partecipazione dei privati alla formazione degli atti legislativi, laddove la legge n. 241/1990 prevede invece ampie possibilità partecipative nei confronti dei potenziali destinatari del provvedimento, ai quali è consentito in qualche modo di (tentare di) influire sul contenuto del medesimo.

In riferimento alla fase successiva, giova sottolineare l'impossibilità di impugnare direttamente l'atto legislativo (non essendo ammesse nel nostro ordinamento forme di ricorso diretto al Giudice costituzionale da parte di soggetti privati) e il fatto che il sindacato svolto dalla Corte è generalmente meno penetrante rispetto a quello che viene svolto dai giudici amministrativi sugli atti della pubblica amministrazione³⁴. Quanto a tale ultimo profilo, non può non

³³ Cfr., in tal senso, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., 123 ss.

³⁴ Per tale sintesi, v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 183. Sul tema dell'intensità del sindacato, v. quanto osservato da R. MANFRELOTTO, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 3740 ss. Secondo F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 122, «per quanti sforzi la Corte possa fare per assimilare il proprio giudizio sulle leggi-provvedimento a quello del giudice amministrativo, la garanzia che essa è in grado di offrire a quelle situazioni è strutturalmente e funzionalmente ben diversa da quella che offre il giudice amministrativo».

rilevarsi che la Corte, diversamente dai Tar e dal Consiglio di Stato³⁵, non dispone, nel giudizio incidentale, del potere cautelare di sospendere l'atto oggetto del giudizio³⁶: ciò, naturalmente, non è senza conseguenze sulla effettività della tutela giurisdizionale³⁷.

Sul tema, merita di essere ricordata la posizione di Crisafulli, secondo cui la vera garanzia dei diritti, più ancora che nel principio di legalità e, ove prevista, nella riserva di legge, si sostanzia nella necessità che «tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge, e in definitiva quella *raffrontabilità* dell'atto, di volta in volta posto in essere, alla norma, che lo prevede e lo regola [...]»³⁸. Effettivamente, sembra difficilmente negabile che la concretezza dell'atto legislativo conduce al sospetto che si voglia interferire con l'attività amministrativa o giurisdizionale³⁹. Per quanto riguarda, in particolare, l'interferenza nella prima, ciò non sembra configurare causa immediata di illegittimità costituzionale, non essendo stata accolta la posizione dottrinale che patrocina la possibilità di configurare una vera e propria riserva di amministrazione.

Quanto alle “altre” leggi-provvedimento (in senso lato), esse presentano soprattutto l'elevato rischio di *violazione del principio di eguaglianza*⁴⁰, che postula, come è noto, il maggior grado di generalità possibile della disciplina legislativa⁴¹.

2.2. La giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento – con quel tanto di arbitrario e di scivoloso che comporta qualsiasi periodizzazione – può

³⁵ Sulla tutela cautelare nel processo amministrativo v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XI ed., Torino, 2014, 281 ss.

³⁶ Sul tema v. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2009.

³⁷ Ancora L. PALADIN, *op. e loc. ult. cit.*

³⁸ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 133, corsivo dell'A.

³⁹ Cfr. F. RIGANO, *Scrutinio stretto di ragionevolezza su leggi-provvedimento e riserva di amministrazione*, in *Le Regioni*, 1996, 525., il quale peraltro sottolinea come un identico problema potrebbe porsi, in astratto, per ogni atto legislativo, anche non avente carattere provvedimentale.

⁴⁰ In tal senso, *ex multis*, G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012, 98.

⁴¹ V. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, cit., *passim*.

essere suddivisa, secondo una proposta avanzata in dottrina⁴², in tre fasi, che si distinguono in relazione alle diverse affermazioni di principio del giudice costituzionale.

Attraversa tutte e tre le fasi l'affermazione circa *la piena legittimità costituzionale, in via di principio, delle leggi-provvedimento*, non essendovi, nel nostro ordinamento, alcun limite di carattere generale alla ammissibilità di tali leggi. La Corte ha sostenuto, già in una risalente decisione, che «gli artt. 70, 76, 77 della Costituzione [...] non definiscono la funzione legislativa nel senso che essa consista esclusivamente nella produzione di norme giuridiche generali ed astratte»⁴³. In maniera definitiva con la sent. n. 143/1989⁴⁴ – ma segnali emergevano già dalla giurisprudenza precedente – tale affermazione di principio è stata estesa anche alla legislazione regionale, rispetto alla quale, originariamente, il Giudice delle leggi aveva manifestato un atteggiamento più rigoroso, sulla base di argomenti di carattere essenzialmente testuale, legati al tenore dell'originario art. 117 Cost.⁴⁵ Ciò appare oggi assai rilevante alla luce della circostanza che molte delle leggi-provvedimento che la Corte si trova a scrutinare sono ormai di provenienza regionale⁴⁶.

Tranne i (rari) casi di uno scrutinio rigoroso non dichiarato ma, forse, praticato in alcune risalenti sentenze⁴⁷, in una prima fase non è stato colto l'auspicio di uno dei più autorevoli studiosi del tema, già citato, il quale, preso atto della natura minoritaria della sua tesi, che negava la piena legittimità delle leggi-provvedimento, invocava quantomeno un sindacato «più che mai severo» su di esse⁴⁸. La Corte, invece, si limitò, per un lungo periodo, a valutare volta per volta

⁴² Cfr. G. D'ARCONZO, *Contributo allo studio*, cit., 184 ss.; M. LOSANA, *Leggi provvedimento?*, cit., 138 ss.

⁴³ Sent. n. 60/1957, n. 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ In questi termini, tra gli altri, C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2002, 3236.

⁴⁵ Il quale prevedeva che «La Regione emana norme legislative [...]». Su questo aspetto v. ancora G. D'ARCONZO, *Contributo allo studio*, cit., 176 ss.

⁴⁶ Sul tema, in particolare, v. P. VIPIANA, *Legge-provvedimento regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Torino, 2010, 250 ss., anche per interessanti riferimenti dottrinali, giurisprudenziali e normativi; EAD., *La recente giurisprudenza costituzionale in tema di leggi-provvedimento delle Regioni*, in *Quaderni regionali*, 2009, 887 ss.

⁴⁷ Si veda, ad es., la sent. n. 80/1969.

⁴⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, cit., 81 s.

le singole censure sulle leggi-provvedimento, senza individuare limiti di carattere generale o particolari modalità di scrutinio.

A partire dagli anni Novanta, invece, il Giudice delle leggi ha iniziato ad utilizzare il criterio di ragionevolezza quale limite generale alle leggi-provvedimento, affermando tuttavia di poter censurare solo la «palese»⁴⁹ o «manifesta»⁵⁰ irragionevolezza della scelta operata dal legislatore, ben lungi, dunque, dall'auspicato (e auspicabile) sindacato penetrante.

Pochi anni più tardi, invece, si giunse a riconoscere che le leggi-provvedimento devono soggiacere ad uno *scrutinio rigoroso* di costituzionalità⁵¹. Meritano di essere richiamate alcune decisioni che contengono importanti affermazioni di principio ed in particolare: la possibilità di assoggettare le leggi-provvedimento ad uno scrutinio stretto *anche in relazione ai presupposti del legiferare* (sent. n. 205/1996) e la necessità di un controllo *tanto più rigoroso quanto più è marcato il carattere provvedimentale* della legge in questione (sent. n. 153/1997). A tale ultimo riguardo, come è stato sottolineato in dottrina, «in tanto si promette uno “scrutinio stretto”, in quanto l'accorciamento o l'annullamento della distanza fra previo disporre e concreto provvedere pone di per sé un supplementare sospetto di incostituzionalità»⁵².

Si tratta di principi ribaditi anche nella sentenza n. 267 del 2007, in cui essi sono efficacemente riassunti: «secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, non è preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, ossia di leggi-provvedimento (sentenza n. 347 del 1995). [...] La legittimità di questo tipo di leggi deve [...] essere valutata in relazione al loro specifico contenuto. In considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare o derogatorio (sentenze n. 185 del 1998, n. 153 del 1997), *la legge-provvedimento è, conseguentemente, soggetta ad uno scrutinio stretto di costituzionalità* (sentenze n. 429 del 2002, n. 364 del 1999, nn. 153 e 2 del 1997),

⁴⁹ V. la sent. n. 347/1995.

⁵⁰ V. la sent. n. 306/1995.

⁵¹ In questo senso, sentt. nn. 205/1996, 2 e 153/1997, 185/1998, 364/1999.

⁵² Ancora C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto*, cit., 3236.

essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore. Ed un tale sindacato deve essere tanto più rigoroso quanto più marcata sia, come nella specie, la natura provvedimentale dell'atto legislativo sottoposto a controllo (sentenza n. 153 del 1997)»⁵³.

Al di là delle affermazioni di principio della Corte, la dottrina ha manifestato una certa delusione sugli esiti concreti del controllo sulle leggi-provvedimento, culminata – in relazione alla sentenza n. 289/2010 – nell'amaro rilievo che, in quella occasione, l'invocazione dello scrutinio stretto era stata seguita «dal nulla»⁵⁴. Effettivamente, in quel caso (come in altri), il Giudice delle leggi, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza sopra citata, si limitò ad affermare, senza aggiungere altro, che «l'uso dello strumento legislativo per l'adozione di misure di natura provvedimentale non costituisce, di per sé, violazione degli invocati parametri costituzionali».

L'invocazione di uno scrutinio rigoroso, peraltro, non segue automaticamente al carattere provvedimentale di una determinata legge: ciò è confermato da diverse decisioni della Corte costituzionale ma risulta emblematicamente rappresentato, in particolare, da una recente pronuncia (sent. n. 231/2014). In tale circostanza, come è stato esaustivamente evidenziato in dottrina, si trattava, addirittura, di una legge in luogo di provvedimento, personale, di sfavore ed autoapplicativa, che, dunque, incrociava «le tipologie generalmente ritenute a più alto indice di incostituzionalità»⁵⁵ (era il caso di revoca *ex lege* dell'incarico di Segretario generale del Consiglio regionale del Molise)⁵⁶. Il Giudice delle leggi non solo non ha operato un controllo particolarmente penetrante ma, suscitando fondate perplessità, ha rigettato le censure prospettate dal rimettente⁵⁷.

Lo scrutinio stretto sulle leggi provvedimento costituisce, dunque, allo stato attuale, un espediente retorico utilizzato dalla Corte, al quale non sembra

⁵³ La citazione è tratta dal n. 4 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta.

⁵⁴ C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, cit., 3739.

⁵⁵ G. FONTANA, *Legge provvedimentale regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalità: un'occasione mancata*, in *Giur. cost.*, 2014, 3794.

⁵⁶ Disposto dall'art. 2 della legge della Regione Molise 21 luglio 2010, n. 14.

⁵⁷ Definisce l'esito del giudizio «per nulla convincente (e per taluni versi sorprendente)» G. FONTANA, *Legge provvedimentale regionale*, cit., 3788.

corrispondere un sindacato *qualitativamente diverso* rispetto all'ordinario controllo di ragionevolezza⁵⁸.

Sulla base di tale assunto, si è recentemente proposto in dottrina, onde rendere più efficace il controllo, di diminuire la centralità del canone di ragionevolezza e di incentrare maggiormente l'attenzione sul rispetto del principio di eguaglianza e degli artt. 24, 97 e 113 Cost.⁵⁹ Inoltre, sembra opportuno che la Corte proceda ad una classificazione più precisa delle varie tipologie di leggi-provvedimento al fine di tarare lo scrutinio sulle singole specificità.

In generale, sembra essere stato profetico Paladin, il quale, dopo aver affermato che mancava nella giurisprudenza costituzionale (era il 1969) una chiara visione di ciò che doveva essere la legge nel nostro ordinamento, preconizzava: «è facilmente prevedibile [...] che tale carenza continuerà a manifestarsi in avvenire, dato che la nostra Corte [...] non vuole irrigidire nulla in questo campo, ma intende al contrario esser libera di decidere caso per caso, secondo le specifiche esigenze della situazione e del momento»⁶⁰.

Appare altresì evidente, anticipando riflessioni che verranno più diffusamente argomentate *infra*, che uno scrutinio stretto “all'americana” non può prescindere, prima ancora che dalla strutturazione di singoli test di giudizio – eventualmente diversificati per tipologia di legge-provvedimento – dal radicale ripensamento della generale ammissibilità di questa categoria di leggi.

Emblematica dell'approccio da cui muove il Giudice delle leggi, invece, risulta la sentenza n. 347/1995, in cui la Corte, nel rigettare le censure sollevate nei confronti di una legge-provvedimento della Regione Campania, afferma che della *stretta necessità* della stessa legge si sarebbe potuto astrattamente dubitare: ciò che, se la Corte fosse partita da un rovesciamento dell'onere della prova, avrebbe dovuto condurre senza indugi alla caducazione della stessa o, comunque, alla effettiva verifica (in concreto) della sua necessità. Come già messo in luce, secondo

⁵⁸ Si tratta di una considerazione assai diffusa in dottrina: la esprime, in termini simili a quelli usati nel testo, D. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi provvedimento: variabilità della soluzione ed “evanescenza” dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011, 4 s.

⁵⁹ G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, cit., 217 e cap. IV, il quale peraltro riprende e sviluppa la nota tesi di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, cit., 80 ss.

⁶⁰ L. PALADIN, *La legge come norma*, cit., 897.

il giudice costituzionale, non vi è, infatti, alcuna preclusione, in via di principio, all'approvazione di tali leggi: il dubbio sulla necessità di un siffatto intervento non è sufficiente per giungere alla declaratoria di illegittimità, dovendosi invece dimostrare, come avviene nella generalità dei casi, l'esistenza di specifici vizi della norma oggetto del giudizio.

Dalla giurisprudenza costituzionale sembra emergere che esiste una "teoria", cioè che le leggi-provvedimento presentano di per sé un maggiore rischio di incostituzionalità e richiedono, pertanto, uno scrutinio stretto; tuttavia, a differenza di quanto accade nell'ordinamento statunitense, lo *strict scrutiny* rimane tale solo "in theory", evaporando in un mero artificio retorico, privo di conseguenze pratiche. È come se vi fosse un doppio livello di astrazione: un primo, secondo cui le leggi-provvedimento sono intrinsecamente sospette, ed un secondo, che disinnesci il primo, che si fonda sull'idea per cui *non vi è limite sostanziale alla funzione legislativa e, dunque, all'ammissibilità delle leggi-provvedimento*.

3. Le leggi di sanatoria di atti amministrativi

3.1. Minimi cenni definitivi

Per leggi di sanatoria, come è noto, si intendono – in termini generalissimi, trattandosi di categoria anch'essa alquanto eterogenea – quelle leggi che conferiscono «definitiva stabilità a rapporti o situazioni giuridiche precarie, in quanto fondate su atti viziati o la cui consistenza giuridica appaia o sia stata dichiarata dubbia o irregolare»⁶¹. Esse, dunque, sarebbero caratterizzate – secondo la dottrina che maggiormente ha approfondito il tema – 1) dal *presupposto* che le legittima: la necessità di disciplinare concrete situazioni giuridiche sprovviste di sicura regolamentazione sulla base di atti precedenti di dubbia validità e 2) dallo *scopo* che esse perseguono, ossia la regolarizzazione di tali situazioni⁶². Secondo la più esaustiva classificazione, all'interno di questa categoria rientrano: a) le leggi di

⁶¹ Secondo la definizione di R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 294. Per la distinzione tra sanatoria e condono, *ivi*, 327 ss.; in senso analogo, F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, cit., 350. Come rileva A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 84, l'effetto fondamentale e caratteristico delle leggi di sanatoria è quello di «munire di un crisma di stabilità rapporti e situazioni giuridiche, la cui consistenza giuridica sia stata ritenuta od appaia dubbia o irregolare».

⁶² R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 294 s.

sanatoria di atti amministrativi; b) le leggi di sanatoria di precedenti regolamenti; c) le leggi di sanatoria di decreti-legge non convertiti⁶³; d) le leggi che sanano vizi formali di precedenti leggi; e) le leggi che ripristinano disposizioni dichiarate invalide dalla Corte costituzionale per vizi materiali⁶⁴.

In questa sede si affronteranno esclusivamente i problemi posti dal tipo di legge di sanatoria indicata *sub a*) (e che, per comodità espositiva, di qui in avanti, chiameremo leggi di sanatoria *tout court*): ciò perché le altre presentano caratteristiche affatto peculiari e che, a quanto consta, non hanno costituito occasione per la Corte di ricorrere ad uno scrutinio stretto, anche se, forse, per alcune di esse, ciò sarebbe stato (e sarebbe tuttora) quantomeno auspicabile. Per tutte, sia sufficiente l'esempio delle leggi ripristinatorie (*pro praeterito* o *pro futuro*) di disposizioni dichiarate invalide, le quali pongono delicati problemi di rispetto del giudicato costituzionale⁶⁵ e alle quali si farà un cenno *infra*, nel capitolo III.

Secondo un'opinione pacifica in dottrina, le leggi di sanatoria hanno, inevitabilmente, efficacia retroattiva, in quanto mirano ad «attribuire una diversa qualificazione giuridica a fatti e situazioni già venute ad esistenza nel passato e, questo, presumibilmente, fin dal momento in cui le stesse hanno avuto origine e si sono materialmente realizzate»⁶⁶. Peraltro, sembra opportuno sottolineare che il *quid pluris*, dal punto di vista della loro possibile illegittimità costituzionale, rispetto alle comuni leggi retroattive, consiste proprio nel loro fare salvi atti originariamente adottati *contra legem*.

⁶³ Sul tema v. P. CARNEVALE-A. CELOTTO, *La regolazione dei «rapporti sorti sulla base dei decreti legge non convertiti» nella giurisprudenza costituzionale. Prime considerazioni*, in *Diritto e Società*, 2000, 483 ss.

⁶⁴ Ancora R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 296 ss.

⁶⁵ Sul tema, v. F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002 e, per un riferimento anche alla giurisprudenza degli anni successivi, A. LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2011; ID., *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via principale*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2012.

⁶⁶ R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 312, il quale così prosegue: «è iscritto nel concetto stesso di sanatoria (legislativa e non) un riferimento a situazioni pregresse ed in qualche modo viziate, al punto che le leggi di questo tipo non possono non avere come oggetto specifico che dei rapporti giuridici ricavabili dal passato; una legge di sanatoria con efficacia solo *ex nunc* non sarebbe altro che una contraddizione in termini, difficilmente giustificabile anche sul piano della stessa logica giuridica». Ciò è confermato, ad es., anche dalla sent. n. 108/2009, dove – riferendosi alla disposizione oggetto del giudizio – si dice che «essa non contiene una norma di sanatoria, in quanto dispone per il futuro» (n. 3 del *Considerato in diritto*).

In virtù del loro carattere retroattivo, che le connota nel senso della concretezza, come confermato dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁷, le leggi di sanatoria di atti amministrativi si collocano saldamente nell'alveo delle leggi-provvedimento⁶⁸. Nonostante la loro riconducibilità al *genus* del quale ci siamo già occupati, date le loro peculiarità e la giurisprudenza specifica formatasi sul punto, che tende a distinguere, nei fatti anche se non nel *nomen*, lo scrutinio di costituzionalità rispetto a quello praticato per le altre leggi-provvedimento, esse sono qui oggetto di separata trattazione.

Le leggi di sanatoria pongono, come è evidente, delicati problemi in relazione alla *certezza dei rapporti giuridici*, alla *tutela giurisdizionale* della posizione di coloro i quali subiscono effetti sfavorevoli dai provvedimenti originariamente illegittimi (in potenziale contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.); esse possono eventualmente rivelarsi in contrasto anche con lo stesso *esercizio della funzione giurisdizionale* (nel caso di atti amministrativi *sub iudice* o, addirittura, già dichiarati illegittimi).

3.2 La giurisprudenza costituzionale sulle leggi di sanatoria

Una prima fase della giurisprudenza costituzionale mostrò un atteggiamento alquanto tollerante nei confronti delle leggi di sanatoria⁶⁹: già in una decisione del 1959, il Giudice delle leggi chiarì subito che «pur essendo ammesso che la legge impugnata ha avuto il carattere di sanatoria, questo motivo della legge non può costituire un vizio di legittimità costituzionale di essa»⁷⁰, né, a quanto sembra, la peculiare natura delle leggi in questione, per un lungo periodo, fu ritenuta tale da produrre effetti sulla densità del sindacato che veniva effettuato⁷¹.

Un primo importante segno di svolta, destinata a compiersi solo nel decennio successivo, si ebbe nel 1987, con la sent. n. 100, in cui il Giudice delle leggi invocò

⁶⁷ V. in tal senso Corte cost., sent. n. 211/1998 (n. 3.4 del *Considerato in diritto*).

⁶⁸ Che le leggi di sanatoria siano un tipo di leggi-provvedimento, peraltro, è affermazione assolutamente pacifica in dottrina: v. R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 377 s.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 168; G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, cit., 123 ss.

⁶⁹ Lo ricorda A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria: «schemi» di giudizio di uno scrutinio «particolarmente» rigoroso*, in *Giur. cost.*, 1999, 127.

⁷⁰ Sent. n. 9/1959, n. 10 del *Considerato in diritto*.

⁷¹ V., ad es., le sentt. nn. 70/1983 e 229/1986.

per la prima volta la necessità di un «controllo di maggior rigore» sulle leggi appartenenti alla categoria in esame: ferma l'astratta legittimità («in linea di principio») di un tale intervento legislativo, «è pur sempre necessario che *esso sia strettamente collegato alle specifiche peculiarità del caso*, tali da escludere che possa risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale – originariamente applicabile – con quella eccezionale successivamente emanata»⁷². La Corte fece salva, in quella occasione, la disposizione censurata (si trattava della norma che prevedeva la sanatoria di alcuni atti amministrativi adottati in occasione del terremoto dell'Irpinia), argomentando sulla base della situazione emergenziale a cui si era inteso fare fronte e della possibilità di ottenere comunque una forma di tutela giurisdizionale, tramite la quale ottenere anche una indennità per l'eventuale sacrificio patrimoniale subito.

La citata affermazione è stata successivamente confermata (con l'enfaticizzazione dell'*eccezionalità* della legge di sanatoria) e meglio specificata, precisandosi che lo scrutinio «estremamente rigoroso» deve essere volto a verificare il rispetto del principio costituzionale della parità di trattamento e deve garantire la salvaguardia da interferenze nei confronti dell'esercizio della funzione giurisdizionale (sent. n. 94/1995⁷³, relativa ad una legge della Regione siciliana che sanava decreti assessorili che avevano illegittimamente esteso, dal punto di vista territoriale e soggettivo, le agevolazioni economiche previste da una precedente legge regionale in tema di “fermo biologico” della pesca). La Corte, in quella occasione, accolse le censure formulate dal Commissario dello Stato, rilevando che

⁷² N. 5 del *Considerato in diritto*.

⁷³ Molto nota non tanto in ragione della specifica vicenda decisa quanto perché in quell'occasione la Corte costituzionale ha definitivamente segnato l'approdo alla c.d. quarta fase del proprio cammino comunitario (A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie*, cit., 239 ss.). Nella precedente sentenza n. 384/1994, infatti, la Corte aveva differenziato i meccanismi per far valere la prevalenza della norma comunitaria in caso di contrasto con la norma interna: non applicazione da parte del giudice comune (secondo quanto affermato dalla sent. n. 170/1984), nella generalità dei casi, e dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte nel caso di norme non ancora in vigore (delibere regionali; si rammenti, infatti, che era vigente un sistema di controllo c.d. preventivo, secondo quanto già accennato nell'Introduzione). Con la pronuncia della quale qui ci stiamo occupando, invece, il Giudice costituzionale ha chiarito che il fattore decisivo riguarda la modalità di accesso alla Corte (giudizio in via incidentale-giudizio in via principale), potendo dunque anche le Regioni impugnare norme statali (già entrate in vigore) per contrasto con il diritto (allora) comunitario. Sulla sent. n. 94/1995, v. R. BIN, *All'ombra della “La Pergola”. L'impugnazione in via principale delle leggi contrarie a norme comunitarie*, in *Le Regioni*, 1995, 1140 ss.

la sanatoria non era sorretta da «*interessi pubblici, legislativamente rilevanti, di preminente importanza generale*».

In una sentenza di poco successiva (n. 1/1996)⁷⁴, il Giudice delle leggi manifestò particolare attenzione ai lavori preparatori e rilevò come la disposizione di sanatoria che si trovava a scrutinare fosse stata introdotta in sede di conversione di un decreto-legge, «senza che nel corso della (brevissima) discussione sulla norma ne siano state valutate a pieno la portata e le conseguenze». Peraltro, da un'attenta lettura della sentenza emerge come, secondo il giudice costituzionale, la sanatoria non può trovare giustificazione in se stessa, ma deve essere sorretta da una specifica *ratio*, che, nel caso di specie, non era dato rinvenire, a causa dell'indeterminatezza della disposizione oggetto del giudizio.

Anche in altra occasione (sent. n. 14/1999)⁷⁵, la Corte – premesso di dover svolgere una verifica sulle ragioni della disciplina introdotta dal legislatore – ha prestato particolare attenzione all'*iter* che aveva condotto all'adozione della sanatoria, rilevando, in particolare, che essa «compare soltanto nell'ultimo della serie di decreti non convertiti» e che era stata introdotta «senza che la relazione al disegno di legge di conversione ne chiarisse la *ratio* e la portata». L'attenzione ai lavori preparatori, sollecitata anche dal rimettente, fu tale che la Corte ricordò che la Commissione competente per materia alla Camera dei deputati aveva approvato due emendamenti soppressivi della disposizione in esame, che poi l'Aula non ebbe modo di esaminare, dandosi conto anche delle critiche provenienti da diversi schieramenti politici.

Mancano, peraltro, così nette affermazioni nella giurisprudenza più recente, essendo stato solo sfiorato il tema in alcune ordinanze adottate dal Giudice delle leggi, a cui si farà un cenno tra breve⁷⁶.

Sinteticamente, come è stato messo in luce in dottrina, la Corte costituzionale sembra aver elaborato, seppur in forma non ancora definitivamente compiuta, degli «schemi» di giudizio per le leggi di sanatoria, mediante i quali si verificano la *ratio*

⁷⁴ Commentata da G. SCARTOZZI, *La Consulta e i limiti alle sanatorie indiscriminate*, in *Giur. cost.*, 1996, 1939 ss.

⁷⁵ Sulla quale v. A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria*, cit., 127 ss.

⁷⁶ Cfr. anche G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, cit., 129, secondo cui «nell'ultimo decennio, leggi di questo tipo non sono state più oggetto di giudizio di costituzionalità» (l'A. scriveva nel 2013).

della norma e le sue motivazioni sostanziali (anche attraverso l'utilizzo dei lavori preparatori)⁷⁷. Particolarmente interessante è la citata considerazione secondo cui la legge di sanatoria *non trova giustificazione in se stessa*, ma deve invece essere collegata al perseguimento di un interesse pubblico. Affiorano anche, seppure in modo non compiutamente formalizzato, controlli relativi alla congruità/adequatezza del mezzo prescelto e anche al collegamento mezzo-fine.

Tali affermazioni della Corte hanno fatto anche pensare ad una *presunzione di illegittimità costituzionale* di queste leggi⁷⁸, superabile caso per caso, sulla base delle circostanze della specifica questione: in tal senso, effettivamente, depongono i principi enunciati dal giudice costituzionale, già citati, secondo cui esse sarebbero giustificate *soltanto* da uno stretto collegamento con il caso concreto. Da tale impostazione, sembra potersi desumere, infatti, che tale requisito non sia presunto (e, con esso, la legittimità costituzionale della normativa in questione) ma debba essere “provato” in corso di giudizio. Ciò è ancor più significativo se si rileva che altri Autori avevano messo in luce la presunzione di legittimità da cui la Corte muoveva nella prima giurisprudenza sulle leggi di sanatoria; una presunzione rafforzata dal loro scopo, ritenuto di indubbia utilità⁷⁹ (*id est*, quello di fornire il crisma della stabilità a rapporti giuridici quantomeno precari)⁸⁰.

Qualche perplessità suscitano, rispetto a questa ricostruzione, alcune affermazioni giurisprudenziali, risalenti al 2006, che sembrano mitigare il rigore del sindacato e la stessa considerazione di questa categoria di leggi, che sarebbero illegittime solo nel caso in cui l'unico intento sia quello di «vanificare i giudicati»⁸¹: ciò, evidentemente, ribalterebbe la prospettiva appena indicata. Se

⁷⁷ Sul punto, v. ancora A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria*, cit., 132 ss.

⁷⁸ Così, espressamente, F. S. CANTELLA, *Leggi di sanatoria e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 1301, il quale però afferma che «essa non implica *a priori* la censurabilità del provvedimento normativo di sanatoria ma deve essere, tuttavia, assistita da un penetrante scrutinio alla stregua del principio di eguaglianza nonché [...] delle esigenze di affidamento, stabilità e certezza del diritto che vi si connettono». La stessa Corte, peraltro, sembra suffragare tale ultima affermazione, essendo ferma nel ribadire che le leggi di sanatoria non sono precluse in via di principio.

⁷⁹ R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 453; A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria*, cit., 127.

⁸⁰ Tale evoluzione della giurisprudenza costituzionale è segnalata anche da S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., 215 s.

⁸¹ Cfr. ord. n. 352/2006: «non si ravvisa alcuno “straripamento” della funzione legislativa in quella giurisdizionale poiché, anche in casi del genere, legislatore e giudice continuano a muoversi su piani nettamente differenziati (il primo fornisce regole di carattere tendenzialmente generale e astratto,

questa posizione avesse a consolidarsi, infatti, sarebbe necessaria la *probatio* (diabolica?)⁸² di una specifica volontà del legislatore di travolgere determinate pronunce aventi autorità di *res iudicata*; ciò che sarebbe ben lungi dal configurare uno scrutinio rigoroso sulle leggi in questione.

4. Le leggi retroattive (non di sanatoria) e le leggi di interpretazione autentica

4.1. Cenni definitivi

Per leggi retroattive⁸³ si intendono, comunemente, quelle leggi che sono «rivolte a disciplinare rapporti giuridici già regolati da norme precedenti e, quindi, a spiegare la loro efficacia su fatti, situazioni cronologicamente anteriori rispetto alla loro entrata in vigore e già giuridicamente conformati»⁸⁴; esse, riallacciandoci alla prospettiva di cui sopra, nella misura in cui si rivolgono al passato (non anche nella parte in cui pretendono di disciplinare situazioni future) sono prive dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, «avendo una platea “chiusa” di destinatari potenzialmente determinabile»⁸⁵.

La nostra Carta costituzionale non contiene una disposizione relativa, in via generale, ai limiti di efficacia temporale delle norme legislative, sancendo esclusivamente il divieto di retroattività per quanto concerne la materia penale (*recte*, per le leggi incriminatrici o che comunque aggravano la posizione giuridica del reo, cfr. art. 25)⁸⁶. L'art. 11 delle Preleggi – che ha forza sub-costituzionale, essendo contenuto in un decreto legislativo, peraltro di epoca pre-repubblicana –

mentre il secondo applica tale diritto oggettivo a singola fattispecie); *censurabili sono piuttosto quelle leggi di sanatoria il cui unico intento è quello di incidere su uno o più giudicati*, non potendo essere consentito al legislatore di risolvere direttamente, con la forma di legge, concrete controversie» (enfasi aggiunta).

⁸² Cfr. quanto osservato, in relazione però a quella giurisprudenza costituzionale che affermava l'illegittimità delle sole leggi interpretative intenzionalmente preordinate a interferire nei giudizi in corso, A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, 74, secondo cui ciò «conduce la Corte ad una analisi psicologica assai ardua, perché priva di elementi oggettivi [...] e perché estranea alla logica del giudizio incidentale».

⁸³ Non si può, ovviamente, affrontare in questa sede il tema della validità scientifica della dicotomia retroattività/irretroattività, messa in dubbio da M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, Parte Prima, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss.

⁸⁴ F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, 6.

⁸⁵ F. MODUGNO, *loc. ult. cit.*

⁸⁶ Sul problema dei limiti alla legge retroattiva, imprescindibile il riferimento all'opera, pubblicata pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, di G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970.

prevede, invece, in via generale che: «La legge non dispone che per l'avvenire. Essa non ha efficacia retroattiva».

Per quanto esso enunci un fondamentale principio di civiltà giuridica, collegato ad esigenze non indifferenti dal punto di vista costituzionale (certezza del diritto e tutela dell'affidamento, *in primis*), costituisce opinione tralatizia che esso non costituisca limite all'esercizio della funzione legislativa in materia extra-penale.

Per interpretazione autentica si intende, in termini generali, «la interpretazione (considerata sia come attività, sia come prodotto) compiuta dal medesimo soggetto, autore dell'oggetto della interpretazione, ossia dell'atto-documento-testo-enunciato giuridico o normativo interpretato»⁸⁷. Le leggi di interpretazione autentica o leggi interpretative⁸⁸ sono dunque quelle che recano l'interpretazione di leggi precedenti (e sono, dunque, ben diverse dalle leggi sulla interpretazione). Esse rientrano, in quanto interpretazioni svolte da organi di pubblici potere nello svolgimento delle loro funzioni, nel *genus* della c.d. interpretazione ufficiale.⁸⁹ L'aspetto significativo è che, secondo un'opinione assai diffusa, l'interpretazione resa dal legislatore (che si fa interprete) retroagirebbe naturalmente sino al momento dell'entrata in vigore dell'atto interpretato, imponendosi come autentico significato della disposizione⁹⁰. Pertanto, pur condividendo i già segnalati possibili elementi di criticità propri delle comuni leggi retroattive, è evidente che le leggi di interpretazione autentica presentano maggiore possibilità di frizione con l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Peraltro, la Costituzione repubblicana, a differenza del previgente Statuto Albertino⁹¹, non contiene una disposizione dedicata alle leggi di interpretazione autentica; silenzio che è stato interpretato, dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza costituzionale, come assenza di divieto (e, dunque, come ammissibilità della categoria delle leggi in esame).

⁸⁷ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, 2012, 315.

⁸⁸ Sulla difficoltà di una precisa definizione della categoria, v. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, 1 ss.

⁸⁹ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 232.

⁹⁰ *Contra* A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa*, cit., 209 ss.

⁹¹ Art. 73: «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo».

Tra i molti temi oggetto del dibattito dottrinale vi è quello sulla natura dichiarativa o decisoria delle leggi di interpretazione autentica, con quel che ne consegue quanto alla effettiva configurabilità di effetti propriamente retroattivi (esclusi nel primo caso). Al tema avremo occasione di fare cenno nel successivo sotto-paragrafo.

4.2 *La giurisprudenza costituzionale*

L'analisi, nel medesimo paragrafo, della giurisprudenza in materia di leggi retroattive e di interpretazione autentica⁹² è legata alla posizione che sembra prevalente all'interno della giurisprudenza costituzionale, la quale pure, sul tema delle leggi interpretative, è stata ambigua⁹³, se non addirittura «labirintica»⁹⁴. Come è stato da tempo sottolineato in dottrina, infatti, nella ormai pluridecennale giurisprudenza costituzionale, che rimonta alla sentenza n. 118 del 1957, convivono due differenti orientamenti. Un primo, oggi apparentemente minoritario, fa leva sulla tipicità strutturale delle leggi di interpretazione autentica, ricavando per esse limiti specifici e diversi dalle comuni leggi retroattive. Sono emblematiche di questa impostazione quelle pronunce che hanno censurato sedicenti leggi di interpretazione autentica perché il significato autoritativamente imposto dal legislatore non era in alcun modo riconducibile alla originaria disposizione: in questi casi il carattere pseudo-interpretativo veniva considerato vizio autonomo di legittimità (sent. n. 155/1990)⁹⁵.

⁹² Su tali leggi la letteratura è assai vasta: tra le opere di più ampio respiro, si v. A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, 1997; G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino, 1997; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit. Nella dottrina meno recente, un ampio contributo, che ricostruisce il tema anche in prospettiva storica e comparatistica, è quello di C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giuridici*, ed. provvisoria, Roma, 1942 e, successivamente, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 375 ss.

⁹³ Cfr. E. LIBONE, *La fisionomia delle leggi di interpretazione autentica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001, 119.

⁹⁴ Così A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, cit., 64 ss. Di una vera e propria Torre di Babele discorre L. ANTONINI, *Nella «Torre di Babele» della giurisprudenza costituzionale sulle leggi di interpretazione autentica: un caso particolare in materia elettorale*, in *Le Regioni*, 1997, 928 s.

⁹⁵ Su cui v. M. MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1990, 963 ss., che la definisce addirittura «una impreveduta dichiarazione di guerra al legislatore».

Una seconda tesi, confermata da numerose sentenze, ritiene invece che le due categorie di leggi, quelle retroattive e quelle di interpretazione autentica, sostanzialmente, pongono gli stessi problemi⁹⁶ e, di conseguenza, incontrano gli stessi limiti⁹⁷.

La giurisprudenza in materia di leggi retroattive si è costantemente fondata sull'affermazione, già in precedenza accennata, che il principio di irretroattività della legge non ha dignità costituzionale nel nostro ordinamento, salvo che per le norme penali sfavorevoli (*ex art. 25 Cost.*), e, in parte, in materia tributaria (in relazione al collegamento con la capacità contributiva). L'art. 11 delle Preleggi – secondo il quale «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo» – pur esprimendo un «fondamentale valore di civiltà giuridica e [un] principio generale dell'ordinamento»⁹⁸, non è stato ritenuto idoneo a costituire un (auto)vincolo per la azione del legislatore. Analogamente, la Corte, sin dalla già citata sentenza del 1957, ha avuto modo di affermare che la Costituzione non esclude affatto la possibilità di leggi interpretative e, come tali, retroattive.

Nonostante le leggi retroattive vengano sovente indicate in dottrina come quelle suscettibili di uno scrutinio stretto⁹⁹, manca – come invece per le leggi-

⁹⁶ V. le affermazioni contenute nella sentenza n. 432/1997, secondo cui «non è necessario verificare se la disposizione censurata abbia carattere interpretativo, oppure, come ritiene il giudice rimettente, sia una norma puramente innovativa con efficacia retroattiva. Tanto nel caso della norma propriamente interpretativa, quanto in quello della norma semplicemente retroattiva, infatti, questa Corte ha già precisato che la legge rimane pur sempre soggetta al controllo di conformità rispetto al canone generale di ragionevolezza, che assume pertanto in materia un valore particolarmente stringente, in quanto riferito alla certezza dei rapporti preteriti, nonché al legittimo affidamento dei soggetti interessati» (n. 3 del *Considerato in diritto*). Più di recente, nel medesimo senso, v. sent. n. 41/2011: «Occorre premettere che questa Corte, nell'esaminare norme analoghe a quella oggetto del presente scrutinio, ha affermato che in tali casi ciò che rileva non è, in quanto fattore fondante di distinzione, il carattere interpretativo della norma impugnata, ovvero quello innovativo con efficacia retroattiva, non sussistendo a livello costituzionale, salvo che ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. in materia penale, un divieto assoluto di retroattività della legge. Il legislatore può, dunque, approvare sia disposizioni di interpretazione autentica, che chiariscono la portata precettiva della norma interpretata fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva» (n. 3 del *Considerato in diritto*).

⁹⁷ Lo rilevano, tra gli altri, A. ANZON, *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in EAD. (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica*, cit., 5; A. GARDINO CARLI, *Corte costituzionale e leggi interpretative tra un controverso passato ed un imprevedibile futuro*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica*, cit., 18 ss.

⁹⁸ Così, tra le altre, Corte cost., n. 291/2003, n. 4 del *Considerato in diritto*.

⁹⁹ R. BIN-G.PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 230 s.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 130; A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza*, cit., 136 (il quale si riferisce, in particolare, alle leggi di interpretazione autentica).

provvedimento – un numero consistente di decisioni in cui si affermi la necessità di tale più rigoroso controllo.

Un'affermazione in tal senso, neanche particolarmente esplicita, è contenuta, ad esempio, in una non più recente sentenza (n. 432/1997), in cui la Corte affermò che la «legge rimane pur sempre soggetta al controllo di conformità rispetto al canone generale di ragionevolezza, *che assume [...] in materia un valore particolarmente stringente*, in quanto riferito alla certezza dei rapporti preteriti, nonché al legittimo affidamento dei soggetti interessati» (enfasi aggiunta).

In altre decisioni¹⁰⁰, più genericamente, si è ritenuto sufficiente, ai fini della legittimità, che la legge rispettasse il generale canone di ragionevolezza e non contrastasse con altri interessi costituzionalmente protetti. Non sembra emergere, pertanto, alcuna specificità rispetto al comune controllo di costituzionalità delle leggi (le quali, effettivamente, devono essere, in ogni caso, non irragionevoli e non in contrasto con disposizioni costituzionali); ciononostante la dottrina ha avuto modo di segnalare che, in qualche circostanza, la Corte ha delineato, in forma embrionale, dei test per valutare in particolare la lesione del principio dell'affidamento¹⁰¹, il quale, secondo una posizione già emersa nella giurisprudenza di fine anni Novanta del secolo scorso, gode di una autonoma copertura costituzionale.

Quanto sin qui detto si inserisce in una prima fase della giurisprudenza costituzionale che, come già visto, al di là di qualche affermazione di principio come quella in precedenza citata e qualche eccezione in materia di leggi interpretative, ha essenzialmente sottoposto le leggi retroattive all'ordinario controllo di ragionevolezza.

Una seconda fase, più recente, contiene spunti nel senso di un sindacato *maggiormente penetrante* sulle leggi retroattive, il quale è stato in qualche modo provocato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come è noto, al pari della nostra Costituzione, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non contiene un generale divieto di

¹⁰⁰ V., ad es., la sent. n. 168/2004 e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰¹ V., in tal senso, P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, 3667, a commento della sentenza n. 446/2002.

retroattività delle leggi, fatta eccezione per le norme penali sfavorevoli (art. 7 CEDU).

Tuttavia, a partire da una serie di decisioni rese attorno alla metà degli anni Novanta, sulla base dell'art. 6 CEDU, il giudice sovranazionale ha individuato limiti piuttosto stringenti, arrivando a concludere che la retroattività della legge – laddove incida su controversie giurisdizionali in corso – può trovare giustificazione solo nella presenza di «motivi imperativi di interesse generale». La necessità di tenere conto di questa posizione – che si è venuta consolidando negli anni – è aumentata per effetto della modifica, nel 2001, dell'art. 117, primo comma, Cost., come interpretato dal Giudice delle leggi a partire dalle c.d. sentenze gemelle del 2007. A ciò si aggiunga che, in diverse decisioni, la Corte EDU ha adottato sentenze di condanna, per tale ragione, proprio nei confronti del nostro Paese¹⁰². La diversa impostazione da cui muovevano originariamente le due Corti era stata così efficacemente sintetizzata in dottrina: «se per la Corte costituzionale le leggi retroattive sono *legittime, purché ragionevoli* [alla stregua di un controllo più rigoroso?], per la Corte europea tali leggi sono *illegittime, salvo ricorrano motivi imperativi di interesse generale* che ne giustifichino l'adozione»¹⁰³ (inciso aggiunto).

Un certo avvicinamento della giurisprudenza interna rispetto a quella sovranazionale è, come si accennava, testimoniato da alcune decisioni degli ultimi anni, in cui la Corte – pur professando la continuità rispetto alle proprie precedenti decisioni – ha invece manifestato la volontà di sottoporre le leggi retroattive ad un sindacato maggiormente penetrante.

Come esempio di un approccio ancora timido al problema, e sostanzialmente analogo al precedente orientamento, può essere citata la sent. n. 41/2011 (che comunque conclude nel senso dell'accoglimento) in cui si afferma: «quello che rileva è [...] che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della

¹⁰² Si v., tra le altre, le sentt. 11 dicembre 2012, *De Rosa contro Italia*; 14 febbraio 2012, *Arras contro Italia*; 7 giugno 2011, *Agrati contro Italia*; 31 maggio 2011, *Maggio contro Italia*; Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino contro Italia*.

¹⁰³ Così G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici*, cit., 390 (corsivi dell'A.). V. anche, in termini meno netti, P. CARNEVALE-G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2014, par. 5, che rilevano un rigore abbastanza diffidente, da parte della Corte EDU, nei confronti delle leggi retroattive, in contrapposizione all'orientamento improntato ad una certa clemenza della Corte costituzionale.

ragionevolezza, in una prospettiva di stretto controllo, da parte della Corte, di tale requisito, e *non contrasti* con valori ed interessi costituzionalmente protetti» (corsivo aggiunto).

La successiva sent. n. 78/2012 risulta, invece, emblematica di un primo cambiamento di rotta: in essa si afferma che «il legislatore [...] può emanare norme retroattive, anche di interpretazione autentica, *purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale*, che costituiscono altrettanti “motivi imperativi di interesse generale”, ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)». Fermo restando che l'equivalenza tra qualunque principio, diritto e bene di rilievo costituzionale e i «motivi imperativi di interesse generale» è affermata e non dimostrata e che la Corte sembra sminuire, nel prosieguo della motivazione, l'importanza di tale affermazione di principio, quest'ultima merita nondimeno di essere segnalata come indicativa di un mutamento di prospettiva: se, in precedenza, la legge retroattiva trovava un limite in interessi costituzionalmente protetti, oggi essa deve trovare nella tutela di questi stessi interessi la propria giustificazione.

Tale aspetto, nel commentare la sentenza n. 78/2012, è stato messo in luce da un'autorevole dottrina, la quale ha condivisibilmente segnalato la profonda differenza rispetto all'approccio tradizionale. Nella precedente prospettiva, infatti, «il principio del divieto di retroattività viene costruito in negativo (vengono indicati i casi finiti che vietano la retroattività, in tutti gli altri infiniti casi vige il principio della ammissibilità di leggi retroattive)» e, pertanto, «spetta a chi sostiene che c'è divieto l'onere di dimostrare che si ricade in uno dei principi costituzionali che rendono la retroattività inammissibile, mentre nulla deve dimostrare chi sostiene che la retroattività prevista dalla legge è ammissibile». Al contrario, sulla base del nuovo orientamento, «la ammissibilità della retroattività è costruita in positivo (è ammessa soltanto nei casi implicitamente ammessi dalla Costituzione) e dunque spetta a chi sostiene che la retroattività prevista non è contraria a Costituzione dimostrarlo e nulla deve dimostrare chi sostiene che la retroattività nel caso di specie non è costituzionalmente ammessa»¹⁰⁴. La prospettiva del venir

¹⁰⁴ Così G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive*, cit., 1074, nota 4.

meno della presunzione di legittimità per il caso di leggi retroattive era già affiorata, peraltro, in una precedente sentenza, sulla base delle deduzioni delle parti private, riportate nel *Ritenuto in fatto*, le quali avevano sostenuto che «le leggi retroattive [...] vanno scrutinate con un particolare rigore, non essendo assistite da alcuna “presunzione di legittimità”»¹⁰⁵.

La giurisprudenza costituzionale in tema di leggi retroattive e di interpretazione autentica è particolarmente ricca e di essa non è possibile dar conto esaustivamente in questa sede. Con esclusivo riferimento all'anno scorso, la Corte costituzionale ha avuto diverse occasioni di pronunciarsi su leggi retroattive o di interpretazione autentica. Ad uno sguardo complessivo, permane l'incoerenza di fondo per cui si afferma, da un lato, che il legislatore può emanare disposizioni retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale» (ord. n. 92/2014; sent. n. 156/2014), ma si afferma poi che «la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica [...] non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario» (ancora ord. n. 92/2014). L'unico modo per superare tale contrasto sarebbe, forse, quello di aderire ad una concezione dichiarativa delle leggi di interpretazione autentica, secondo la quale il legislatore si limita a scegliere tra una pluralità di norme già presenti nella disposizione originaria (e tale da non richiedere giustificazione giacché la retroattività sarebbe solo apparente)¹⁰⁶: si tratta, peraltro, di posizione che è stata da tempo sottoposta a convincente critica in dottrina¹⁰⁷.

Appare più coerente (anche se non pienamente) quella giurisprudenza che ritiene legittima la norma che assegna definitivamente alla disposizione originaria

¹⁰⁵ Sent. n. 121/2002, n. 7 del *Ritenuto in fatto* (la Corte, peraltro, dichiarò inammissibile l'intervento delle parti in questione).

¹⁰⁶ Per questa considerazione, tra gli altri, v. GIO. SERGES, *Norme sulla normazione e limiti all'interpretazione autentica (Brevi riflessioni a margine del recente «Statuto dei diritti del contribuente»)*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 290 s., il quale segnala i rischi insiti in tale ricostruzione.

¹⁰⁷ Si v., in particolare, A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., cap. III, che definisce tale tesi «infondata».

un significato già in essa contenuto, laddove effettivamente sussistano contrasti giurisprudenziali sul punto, ritenendosi in questo caso che il valore della certezza del diritto sia principio di rango costituzionale che giustifica la retroattività (sent. n. 156/2014). In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire una «situazione di oggettiva incertezza» del dato normativo, in ragione di un dibattito giurisprudenziale irrisolto (in tal senso, sent. n. 311/2009). Per quanto sia da dimostrare che ciò basti a integrare un «motivo imperativo di interesse generale», sembra comunque che la prospettiva di valutazione della legittimità si muova nel senso auspicato dalla Corte di Strasburgo.

Come evidenziato, dunque, la giurisprudenza costituzionale sembra ancora in cerca di punti fermi. Ad avviso di chi scrive, un convincente punto di approdo potrebbe essere il seguente: mantenere ferma, ovviamente, la presunzione di illegittimità *iuris et de iure* di una norma penale retroattiva *in malam partem*; adottare una presunzione di legittimità relativa per le altre leggi retroattive, come di fatto ormai impone la giurisprudenza della Corte EDU. Ciò significherebbe verificare, caso per caso, la sussistenza di motivi imperativi di interesse generale che rendano necessaria la retroattività della disposizione (che, ovviamente, non deve comunque contrastare con altri principi costituzionali). Ciò significa, con specifico riguardo alle leggi interpretative, abbandonare quella posizione, che ancora affiora in qualche pronuncia, secondo cui il carattere “realmente” interpretativo della disposizione vale da solo ad escludere un vizio di legittimità.

Le prospettive di un *vero scrutinio stretto di costituzionalità* sulle comuni leggi retroattive e sulle leggi di interpretazione autentica sembrano essere dunque essenzialmente legate al confronto dialettico con la Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, la valutazione sul fine perseguito dal legislatore (legato ad un motivo imperativo di interesse generale), se accolta nella sua accezione testuale, potrebbe rendere veramente penetrante il controllo sulle leggi retroattive (per il carattere di “imperatività” dei motivi che possono giustificare la retroattività). Certo è che si tratta di valutazione che può essere meglio svolta dalla Corte costituzionale, rispetto ai giudici di Strasburgo, nell'ottica di quella condivisibile ricostruzione che vede il Giudice delle leggi offrire una tutela

complessiva, di carattere ordinamentale, rispetto alla tutela parcellizzata e essenzialmente casistica che offre la Corte sovranazionale¹⁰⁸.

Quanto sin qui detto sembra poter essere revocato in dubbio sulla base della recente sentenza n. 260 del 2015, la quale ha effettivamente colpito con la scura dell'illegittimità costituzionale una sedicente norma di interpretazione autentica, valorizzandone tuttavia la natura falsamente interpretativa: la disposizione oggetto del giudizio, infatti, non attribuiva all'*obiectum affectum* della interpretazione una plausibile variante di senso. Peraltro la Corte non ha richiamato né lo scrutinio stretto, né i motivi imperativi di interesse generale, questi ultimi evocati invece dalla Corte d'appello rimettente.

5. Le leggi di «avocazione in sussidiarietà»

5.1. Sussidiarietà e “nuovo” Titolo V

Il principio di sussidiarietà¹⁰⁹, dopo essere stato oggetto di dibattito nell'ambito dei lavori della Commissione bicamerale c.d. D'Alema, è stato espressamente¹¹⁰ introdotto nella nostra Costituzione dalla riforma del Titolo V, operata con l. cost. n. 3 del 2001 (peraltro anticipata dalla legge n. 59/1997).

Più in particolare, l'art. 118 Cost. prevede oggi tale principio in una doppia declinazione: *verticale o istituzionale*¹¹¹ (come criterio di riparto di funzioni amministrative tra diversi livelli di governo) ed *orizzontale*¹¹² (nel senso che impone agli enti pubblici di «favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale»).

¹⁰⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 264/2012 (spec. n. 5.4 del *Considerato in diritto*), a commento della quale v. C. PINELLI, «Valutazione sistematica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.*, 2012, 4228 ss.

¹⁰⁹ Sul tema v. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (Diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004. Peraltro, come è noto, il principio di sussidiarietà opera anche nei rapporti tra Unione europea e Stati membri.

¹¹⁰ G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, 51 s., ricorda le disposizioni costituzionali che erano ispirate da tale principio, già prima della riforma costituzionale.

¹¹¹ Si v., sul tema, G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, cit., *passim*.

¹¹² Sul principio di sussidiarietà orizzontale v., nell'ampia letteratura sul tema, G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, Vol. I, 177 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, *ivi*, Vol. II, 1749 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, 135 ss.

Per quanto attiene alla dimensione verticale, che in questa sede interessa, il primo comma dell'art. 118 prevede che «le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza». La scelta è, dunque, quella di attribuire l'esercizio delle funzioni amministrative al livello maggiormente vicino alle comunità amministrative, quello comunale, secondo il c.d. criterio di prossimità.

Con tale scelta, il legislatore di revisione costituzionale *ha inteso superare il principio del parallelismo delle funzioni*, a cui era ispirato il previgente, originario, impianto costituzionale, sulla base del quale le Regioni esercitavano nei medesimi ambiti materiali, tanto le funzioni legislative, quanto quelle amministrative (in quel sistema, Province e Comuni operavano sostanzialmente come propaggini statali).

Come è stato notato in dottrina, si è scelto sostanzialmente di modificare la tecnica giuridica di attribuzione di tali funzioni: mentre il precedente art. 118 procedeva direttamente all'allocazione, attualmente si detta una disciplina che ha carattere meramente strumentale rispetto alla effettiva distribuzione delle funzioni¹¹³; peraltro uno dei principali problemi interpretativi posti dalla novella costituzionale ai primi interpreti concerneva proprio la fonte abilitata in concreto a realizzare lo spostamento verso l'alto delle funzioni amministrative.

Ciò che qui interessa sottolineare è che, stando al tenore letterale dell'art. 118 della Costituzione, il principio di sussidiarietà – che ha per sua natura carattere mobile e flessibile – opera esclusivamente nell'ambito delle funzioni amministrative, restando il riparto di competenze legislative regolato dal (teoricamente)¹¹⁴ più rigido meccanismo previsto dall'art. 117 della Costituzione. Come è noto, con una celebre sentenza, redatta da Carlo Mezzanotte¹¹⁵, la n. 303/2003¹¹⁶, la Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità per lo Stato di

¹¹³ Così A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 192 ss.

¹¹⁴ Penso, in particolare alle c.d. materie trasversali e alle materie-valore: sul tema si v., per tutti, GIO. SERGES, *La legge regionale, oggi*, già in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi* e ora in GIO. SERGES, *Lecture di diritto pubblico*, Napoli, 2011, 17 ss.

¹¹⁵ Tale pronuncia è inserita tra quelle più significative dell'illustre studioso e giudice da F. GALLO, *Introduzione*, in C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente* [1979], Napoli, 2014, XXIV, il quale la definisce «celebre sentenza-trattato».

¹¹⁶ In cui un'attenta dottrina ha intravisto «bagliori di potere costituente» (così A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003, 1). Ampiamente commentata in dottrina: v., senza pretesa di completezza, i seguenti contributi

attrarre, oltre che le funzioni amministrative, anche l'esercizio delle funzioni legislative (sulla base del principio di legalità)¹¹⁷. Diversamente opinando, peraltro, si verificherebbe la situazione – invero paradossale, oltre che difficilmente praticabile – di venti diverse leggi regionali che disciplinano l'esercizio unitario della stessa funzione amministrativa da parte dello Stato.

La creazione giurisprudenziale di questo meccanismo di attrazione in sussidiarietà pone una serie di problemi e presta il fianco ad una serie di critiche, che non è possibile in questa sede affrontare; ciò che qui interessa sono i test di giudizio elaborati dal Giudice delle leggi e il concreto utilizzo che ne è stato fatto nella giurisprudenza successiva. Di questo ci occuperemo nel prossimo sottoparagrafo.

5.2. *La giurisprudenza costituzionale*

A tale riguardo, nella sent. n. 303, la Corte ha precisato che «i principî di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la *valutazione dell'interesse pubblico* sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia *proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità*, e sia oggetto di un *accordo stipulato con la Regione interessata*».

Nella sentenza n. 303, la Corte aveva, tra l'altro, lasciato impregiudicata la possibilità di attrazione in sussidiarietà da parte dello Stato nell'ambito di materie di competenza c.d. residuale (giacché non era in questione in quel caso), nodo che ha sciolto in senso positivo con la sentenza n. 6 del 2004. In tale occasione, il

pubblicati nel *Forum di Quaderni costituzionali*: A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*; A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e strict scrutiny*. La sent. n. 303/2003 è stata oggetto, insieme alla n. 14/2004, delle riflessioni di vari Autori, dedicate alla memoria di C. Mezzanotte e pubblicate nella Rivista *Le Regioni*, fasc. 4-5/2008.

¹¹⁷ Critica questa impostazione A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 170, secondo cui un più saldo fondamento sarebbe costituito dalla necessità dell'esercizio unitario della funzione, che implica la necessità che unitaria ne sia anche la disciplina normativa.

Giudice delle leggi, ritornando sui requisiti costituzionali di legittimità dell'intervento dello Stato, ha affermato la necessità che: 1) esso, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, risponda ad *esigenze di esercizio unitario* delle funzioni amministrative; 2) la legge detti una disciplina *logicamente pertinente*, idonea alla regolazione di tali funzioni, e che risulti *limitata* a quanto strettamente indispensabile a tal fine; 3) ciò avvenga a seguito di *procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti* attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, attraverso la previsione di adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali¹¹⁸. In particolare, in tale decisione si è affermato che la collaborazione con la Regione, in caso di pervasività dell'intervento statale, debba tradursi in *un'intesa in senso forte* (ma sul punto la giurisprudenza successiva è stata indubbiamente oscillante)¹¹⁹.

La Corte, dunque, ha stabilito requisiti di *carattere sostanziale e procedurale* che devono essere rispettati nell'avocazione al centro, al contempo, di funzioni amministrative e legislative: da ciò emerge la volontà del Giudice delle leggi di circoscrivere i margini di azione dello Stato, onde evitare che la clausola di sussidiarietà possa divenire un grimaldello attraverso cui scardinare, da un lato, il nuovo riparto di competenze legislative – che, nell'intenzione del legislatore di revisione costituzionale, doveva accrescere l'autonomia regionale – e, dall'altro, l'allocazione costituzionale delle funzioni amministrative al livello più vicino agli amministrati (il Comune, come regola generale).

I risultati dell'applicazione di questi protocolli di giudizio sono, invero, solo parzialmente soddisfacenti. In sede di commento alla prima decisione, in dottrina si era sottolineato che la vera garanzia del disegno costituzionale non poteva che risiedere in un vero scrutinio stretto, con inversione dell'onere della prova, non essendo sufficiente il sistema delle intese¹²⁰. Lo scrutinio annunciato dalla Corte,

¹¹⁸ Come condivisibilmente segnalato da GIO. SERGES, *La legge regionale, oggi*, cit., 23, si tratta di un correttivo alla forza pervasiva del meccanismo della sussidiarietà legislativa.

¹¹⁹ Riferimenti sono in G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale*, cit., 82 ss.

¹²⁰ L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà*, cit., par. 8, secondo cui «In caso di conflitto costituzionale [...] non è la mera previsione di una intesa (futura e incerta) a offrire sufficiente presidio ad enti che si considerassero non sussidiati ma espropriati di competenze; ben di più, un arbitro imparziale dovrebbe essere messo in grado di valutare con obiettività se esistono ragioni corrette per l'emanazione delle norme contestate per violazione del regime di competenza e per

invece, è stato solo raramente rigoroso: in numerose occasioni il Giudice delle leggi ha avallato l'intervento statale con motivazione stringata, basandosi su un'affermata (ma spesso non sufficientemente dimostrata) esigenza unitaria sottesa all'esercizio delle funzioni di volta in volta in questione: si pensi, ad esempio, alla sent. n. 151 del 2005, in tema di contributo economico per gli utenti al fine di favorire la diffusione del digitale terrestre, che venne, in modo piuttosto disinvolto, collegato al principio del pluralismo informativo.

Costituisce una significativa eccezione, ad esempio, la sentenza n. 232 del 2011¹²¹. In questo caso la Corte svolse uno scrutinio assolutamente penetrante e rilevò l'assenza, nella normativa impugnata, dell'esplicitazione «sia dell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario perseguito attraverso tali funzioni, sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza, di detta avocazione rispetto al fine voluto ed ai mezzi predisposti per raggiungerlo, sia della impossibilità che le funzioni amministrative *de quibus* possano essere adeguatamente svolte agli ordinari livelli inferiori». La dottrina ha ravvisato in questa decisione – in particolare, in uno specifico passaggio della motivazione¹²² – un segnale dell'opportunità dell'introduzione di una motivazione per le leggi di

violazione del principio di sussidiarietà. E questo a riprova che il vero presidio della sussidiarietà non è (o non è solo) l'intesa ma uno scrutinio stretto, suffragato da sufficienti prove offerte secondo la logica dell'inversione del relativo onere». In senso diverso, v. R. TOSI, *Competenze statali costituzionalmente giustificate e insufficienza del sindacato*, in *Le Regioni*, 2008, 878, che, ragionando alcuni anni dopo sulla sent. n. 303/2003, osserva: «[...] devo ammettere che subito mi è sembrata poco credibile una puntualizzazione capace di condurre il sindacato sul piano dello scrutinio stretto, pure espressamente richiamato dalla sentenza n. 303. La ragionevolezza e la proporzionalità dell'intervento statale rivolto alla cura di interessi nazionali erano già predicate in vigenza del vecchio Titolo V, senza che quei canoni siano mai riusciti a tradursi in un serio sindacato [...]»; riferite alcune decisioni degli anni 2005-2008, l'A. aggiunge che la Corte ha deciso quelle controversie senza neppure pretendere «che l'onere della prova sulla necessità e la giustificazione della deroga cada sullo Stato resistente: cosicché l'alternativa al consenso nei confronti di pretese statali apodittiche finisce per assumere i toni di un giudizio arbitrale, oggi più ancora che in passato precluso, dal momento che non esiste un riparto costituzionale delle funzioni amministrative».

¹²¹ Su cui v. G. COINU, *Semplificazione amministrativa e "zone a burocrazia zero": quando il troppo stropia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d.; M. MENGOZZI, *Chiamata in sussidiarietà ed "esplicitazione" dei relativi presupposti*, in *Consulta Online*, Studi 2012.

¹²² «Condotta alla stregua di siffatto canone ermeneutico, l'analisi della norma censurata [...] conduce a ritenere fondati i dubbi di legittimità costituzionale, in ragione della assenza nel contesto dispositivo di una qualsiasi esplicitazione, sia dell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario perseguito attraverso tali funzioni, sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza, di detta avocazione rispetto al fine voluto ed ai mezzi predisposti per raggiungerlo, sia della impossibilità che le funzioni amministrative *de quibus* possano essere adeguatamente svolte agli ordinari livelli inferiori» (n. 5 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta).

avocazione in sussidiarietà¹²³ (sul tema avremo modo di tornare nel capitolo conclusivo di questo lavoro).

Generalmente insoddisfacente è stato il controllo svolto in relazione ai requisiti della proporzionalità dell'intervento statale, sovente assorbiti in quello dell'esigenza di esercizio unitario. Ben più rigoroso – anche se non senza eccezioni – è stato invece il controllo sul rispetto dei requisiti procedurali, che ha condotto la Corte alla parziale declaratoria di illegittimità della normativa statale, proprio nella parte in cui non prevedeva (o prevedeva in misura insufficiente) il coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni¹²⁴, ovvero della singola Regione interessata in sede di concreto esercizio delle funzioni amministrative, come accaduto – a titolo meramente esemplificativo – nelle sentt. nn. 242/2005, 165/2007, 76/2009, 163/2012.

Nella giurisprudenza costituzionale, il requisito dell'intesa, di fatto, sembra supplire alla concreta difficoltà (o alla mancata volontà) di far valere gli altri criteri di giudizio. Da ciò consegue, tuttavia, che la Corte implicitamente afferma, in buona sostanza, la derogabilità, in via convenzionale, del riparto di competenze legislative previsto in Costituzione (ciò che, invero, non sembra pienamente convincente). Nei fatti, sembra potersi affermare che il giudice costituzionale sia poco propenso a seguire lo schema di giudizio elaborato nella sentenza n. 303/2003 e ribadito in successive occasioni e, dunque, ad effettuare un vero scrutinio stretto.

Pertanto, trattandosi di questione che emerge generalmente nell'ambito di un giudizio proposto in via diretta, la Corte potrebbe effettivamente valutare l'opportunità di distribuire precisamente gli oneri argomentativi tra Stato e Regioni, quanto alla “prova” delle esigenze di esercizio unitario, dell'inadeguatezza del livello inferiore (*recte*, dei livelli inferiori), della proporzionalità dell'intervento etc.

¹²³ Si esprime in tal senso M. MENGOZZI, *Chiamata in sussidiarietà*, cit., 9 ss., secondo la quale «Il giudice delle leggi, in sostanza, non censura tanto l'inesistenza delle supposte esigenze unitarie o la non proporzionalità ed irragionevolezza delle disposizioni, quanto piuttosto il fatto che tali presupposti non siano in alcun modo *esplicitati*. Il vizio rintracciato sembra individuabile come un difetto di motivazione» (enfasi nell'originale). Peraltro, l'Autrice esattamente rileva come la Corte faccia riferimento ad una “motivazione” (il termine non compare nella decisione) che dovrebbe emergere dal «contesto dispositivo» e non ad una separata parte motiva, in questo disinnescando la portata potenzialmente innovativa dell'affermazione.

¹²⁴ Ad es., v. sent. n. 63/2008.

6. Le leggi che incidono su diritti inviolabili

6.1. L'inviolabilità dei diritti

Sulla solenne enunciazione di cui all'art. 2 della Costituzione¹²⁵ – secondo la quale «la Repubblica riconosce e garantisce *i diritti inviolabili dell'uomo*, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità» – molto (e a ragione) si è scritto in dottrina. Tra gli aspetti più appassionanti di tale dibattito vi è, come è noto, la disputa su quali siano i diritti ai quali si riferisce la disposizione costituzionale; al riguardo si sono fronteggiate, secondo una schematizzazione molto diffusa ma che forse tende a irrigidire oltre misura le differenze¹²⁶, la tesi della *fattispecie aperta*, la tesi della *fattispecie chiusa* e quella c.d. *mediana*, i cui più autorevoli esponenti possono essere agevolmente individuati in Augusto Barbera¹²⁷, Alessandro Pace¹²⁸ e Franco Modugno¹²⁹.

In estrema sintesi, con qualche semplificazione, secondo la prima, costituiscono diritti inviolabili tutti quegli interessi riconosciuti come meritevoli di tutela all'interno della società. In tale prospettiva, l'art. 2 costituisce una sorta di valvola che consente il “passaggio” alla tutela costituzionale di tutte le situazioni di libertà emergenti «ad opera delle forze culturali e politiche prevalenti, delle forze politiche, cioè, che determinano la costituzione materiale»¹³⁰.

Per la contrapposta tesi della *fattispecie chiusa*, che muove da argomenti testuali e dalla preoccupazione dell'imposizione di nuovi obblighi come conseguenza del riconoscimento di nuovi diritti¹³¹, l'art. 2 Cost. ha esclusivamente una funzione riassuntiva dei diritti espressamente riconosciuti in altre disposizioni costituzionali. A tale riguardo, peraltro, potrebbe astrattamente distinguersi tra una

¹²⁵ Disposizione di importanza centrale in quanto enuncia «ben tre principi fondanti e caratterizzanti la forma di Stato (il principio personalista, quello del pluralismo sociale e quello di solidarietà)», così E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., Vol. I, 38.

¹²⁶ Sul punto v. quanto condivisibilmente affermato da A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 225 ss., in relazione alle tesi di Franco Modugno ed Alessandro Pace.

¹²⁷ A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975.

¹²⁸ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed. aggiornata e modificata, Padova, 2003, 20 ss.

¹²⁹ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 7 ss.

¹³⁰ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 84 s.

¹³¹ Per questa osservazione P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, 175.

versione forte ed una *versione debole* della tesi della fattispecie chiusa: secondo la prima variante – a quanto consta, non supportata dalla dottrina – sarebbero «inviolabili» solo quei diritti espressamente qualificati come tali dalla Carta costituzionale (libertà personale, libertà di domicilio, libertà di corrispondenza, diritto di difesa); per la versione debole, invece, sarebbero inviolabili comunque i diritti enunciati nella Legge fondamentale, a prescindere dalla espressa qualificazione in termini di inviolabilità da parte dal Costituente.

Per la tesi mediana, infine, che si premura di conciliare l'apertura delle formule costituzionali alla coscienza sociale con il rispetto del testo, la possibilità di enucleare un nuovo diritto è legata alla riconducibilità ad uno già previsto in Costituzione e alla riferibilità al principio supremo della libertà-dignità¹³².

Sembra difficilmente contestabile, peraltro, che le diverse posizioni – che, giova ribadirlo, sono ben più sfumate e complesse di quanto qui si sia potuto mettere in luce¹³³ – si fondano su opzioni di metodo e concezioni dell'interpretazione (in specie quella costituzionale) tra loro irriducibili.

Un altro aspetto particolarmente dibattuto riguarda le conseguenze giuridiche del riconoscimento del carattere di inviolabilità di un determinato diritto, che attengono – secondo alcuni Autori – a: 1) la sottrazione alla revisione costituzionale; 2) la capacità germinativa di nuovi diritti (per chi accede alla citata tesi mediana); 3) la più intensa protezione giudiziale (o, almeno, prevalenza in un giudizio di bilanciamento).

Quanto al primo aspetto, la sottrazione a revisione costituzionale¹³⁴ sembra argomentata, più che su basi testuali (l'equazione tra inviolabilità e irriducibilità), sul particolare significato che i diritti inviolabili hanno, in termini assiologici per il nostro ordinamento costituzionale, tali da ritenerli tutelati, nel loro contenuto essenziale – come sostiene il Giudice delle leggi¹³⁵ – o nel loro nucleo di valore¹³⁶,

¹³² F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., 107.

¹³³ Basti pensare al fatto che A. PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 22, definisce non accettabile, nella sua assolutezza la stessa tesi della fattispecie chiusa.

¹³⁴ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989.

¹³⁵ Così la sent. n. 1146/1988.

¹³⁶ Così A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 30.

da svuotamento da parte dei poteri costituiti. Si tratta, peraltro, di conclusione aspramente contestata da autorevole dottrina¹³⁷.

In relazione al punto *sub* 2), secondo la citata prospettiva c.d. mediana, i diritti inviolabili sarebbero i soli idonei «a consentire interpretazioni ed esplicazioni evolutive della loro potenzialità normativa»¹³⁸.

Occorre infine considerare il tema della più intensa protezione giudiziale, distinguendo, tuttavia, nell'ambito dei diritti inviolabili tra «libertà negative» e libertà positive»¹³⁹. Come la dottrina ha avuto occasione di mettere in luce, infatti, la differenza strutturale ridonda in differenza delle tecniche interpretative: «mentre i limiti legislativamente posti alla libertà-indipendenza devono essere sottoposti a *tests* di estremo rigore (*strict scrutiny*) per esser ritenuti costituzionalmente validi, al contrario quelli posti alle libertà “positive” sono soggetti, nella necessaria commisurazione con altri valori costituzionali, a forme di bilanciamento nelle quali il contrappeso rappresentato dagli interessi pubblici o collettivi gioca un ruolo più significativo di quello che si riscontra nelle libertà “negative”»¹⁴⁰.

Per quanto interessa ai fini della nostra ricerca, effettivamente alcune sentenze della Corte costituzionale, invero piuttosto isolate, sembrano suggerire la possibilità che all'attributo della inviolabilità corrisponda una particolare tecnica di controllo di legittimità, ossia uno scrutinio più rigoroso sulla legittimità di norme

¹³⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 41 ss.

¹³⁸ Così C. COLAPIETRO-M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Napoli, 2014, 14 s.

¹³⁹ «La libertà “negativa” è la libertà-indipendenza e consiste in quei valori (della personalità) la cui essenziale funzione è quella di costituire le condizioni fondamentali (considerate tali in un dato momento storico e in un determinato ordinamento costituzionale) per garantire l'indipendenza degli individui nei confronti dei poteri a loro esterni e, in primo luogo, nei confronti dello Stato o dell'autorità politica. È la libertà *da*. È, in altre parole, la libertà dalla coazione altrui, dalla interferenza di altri nella sfera giuridica garantita, in via di principio, a ogni individuo. La libertà personale, la libertà di domicilio, la libertà di opinione e di comunicazione costituiscono gli esempi più tradizionali, ma ancora i più significativi, di tale tipo di libertà. La libertà “positiva” è la libertà-autonomia [...] Essa è data dall'insieme di quei valori diretti a garantire l'autonomia individuale nella vita di relazione, cioè lo svolgimento della personalità nei rapporti politici e in quelli economico-sociali. È la libertà *di*. È la libertà che l'individuo possiede in quanto membro di istituzioni, vale a dire come cittadino, come lavoratore, come operatore economico, come studente, come professore, come padre, come figlio e così via. È insomma la libertà garantita al singolo come *diritto politico* (libertà di voto, libertà di associazione politica, etc.) o come *diritto sociale* (libertà di scelta e di svolgimento di un lavoro e di una professione, libertà d'insegnamento, libertà di scelta della scuola. Libertà di procreare e di educare i figli, etc.)»; così A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, Tomo I, 67 s.

¹⁴⁰ A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, cit., 68.

limitative sul contenuto o comunque incidenti sull'esercizio del diritto in questione, differente dal comune bilanciamento.

6.2. *La giurisprudenza costituzionale*

Nella sentenza n. 63 del 1994, richiamando un precedente di tre anni prima (sent. n. 366 del 1991), in cui non si era fatto espresso riferimento ad un controllo maggiormente penetrante, la Corte costituzionale ha invocato il più rigoroso scrutinio in tema di limitazione di diritti inviolabili.

La questione si pose, in quella occasione, in termini piuttosto peculiari: il giudice rimettente, infatti, non chiedeva alla Corte di verificare la legittimità di una disposizione limitativa di un diritto costituzionale, bensì al contrario, di estenderne la portata. Ci spieghiamo meglio: il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, c.p.p. nella parte in cui consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti penali (*scil.*, diversi da quelli per cui le intercettazioni sono state autorizzate) solo nel caso in cui si proceda per reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Ciò che si intendeva ottenere, dunque, mediante una sentenza di accoglimento, era la possibilità di utilizzare pienamente le intercettazioni in qualunque altro procedimento penale.

Il Giudice delle leggi ha spiegato che una regola siffatta si sarebbe rivelata, essa sì, illegittima, per violazione dell'art. 15 della Costituzione: la versione in vigore dell'art. 270 c.p.p. costituiva già il massimo della limitazione del diritto costituzionalmente tollerabile. Ciò poteva essere argomentato sulla base della posizione, già accennata nella citata sentenza del 1991, per cui «la verifica della legittimità costituzionale della norma [...] deve avvenire secondo i *principi del più rigoroso scrutinio*, nel senso che [...] occorre esaminare se la restrizione prevista sia *diretta al soddisfacimento di un interesse pubblico costituzionalmente rilevante* e, nello stesso tempo, *risulti circoscritta alle operazioni strettamente necessarie alla tutela di quell'interesse*».

In questo caso, evidentemente, la Corte mutua, in termini quasi letterali, la tecnica della Corte Suprema americana, utilizzando i medesimi test di giudizio, che attengono sia alla finalità perseguita (il soddisfacimento di un *interesse pubblico*

primario costituzionalmente rilevante) sia ai mezzi utilizzati (che devono essere circoscritti alle operazioni *strettamente necessarie* alla tutela dell'interesse). Per quanto riguarda l'interesse pubblico può rilevarsi che l'ambito che giustifica l'intervento del legislatore appare maggiormente ampio, non richiedendosi che l'interesse sia «impellente», bensì semplicemente «primario», ancorché costituzionalmente rilevante.

Quanto a tale aspetto, la Corte, nella sentenza in esame, richiama l'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono, in un «contesto sociale caratterizzato dalla seria minaccia alla convivenza sociale e all'ordine pubblico rappresentata dalla *criminalità organizzata*» (si rammenti che la sentenza è del 1994), che consente di ritenere non irragionevole il bilanciamento operato dal legislatore. Quanto al secondo profilo (il mezzo), il Giudice delle leggi rileva non solo che il legislatore ha apprestato disposizioni che garantiscono il contraddittorio tra le parti ma ha anche previsto che l'utilizzazione può avvenire *nei limiti in cui gli elementi raccolti con le intercettazioni risultino "indispensabili" per l'accertamento di specifici delitti*: «ciò significa che la deroga eccezionalmente prevista al divieto stabilito dall'art. 270, primo comma, c.p.p. si mantiene entro i precisi confini della stretta *necessarietà della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico primario che la giustifica*».

La decisione in questione – come quella del 1991 – è rimasta, tuttavia, talmente isolata¹⁴¹ nella giurisprudenza costituzionale da ingenerare il sospetto che essa fosse legata alla personalità del redattore di entrambe, illustre studioso di diritti fondamentali¹⁴² e particolarmente attento alle suggestioni provenienti dall'esperienza nordamericana¹⁴³.

¹⁴¹ Le due sentenze *Baldassarre*, cui si faceva riferimento in apertura del paragrafo, sono state anche richiamate nella sentenza n. 249/2010, di cui ci occuperemo nel paragrafo successivo.

¹⁴² Si v., ad es., A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit.; ID., *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; ID., *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; ID., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, cit., 63 ss.

¹⁴³ A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974.

Non sembra smentire quest'ultima affermazione la sent. n. 445 del 2002¹⁴⁴, in cui si affrontò la questione di legittimità costituzionale di una norma che poneva il celibato, il nubilito o la vedovanza come requisito per il reclutamento nella Guardia di finanza. La Corte riconobbe che essa violava il diritto di accedere in condizioni di eguaglianza agli uffici pubblici, secondo i requisiti stabiliti dalla legge (articolo 51, terzo comma, Cost.), poiché «l'assenza di vincolo coniugale non può configurarsi come legittimo requisito attitudinale per l'accesso agli impieghi in questione». Non solo: la disposizione citata, secondo il Giudice delle leggi, incidereva indebitamente «in via indiretta ma non meno effettiva, sul diritto di contrarre matrimonio»; trattandosi di normativa che limitava un diritto fondamentale, si rendeva necessario uno scrutinio «più stretto». Ciononostante, la Corte non ha richiamato i test di giudizio relativi all'interesse pubblico e al mezzo utilizzato.

Non può, dunque, non ribadirsi che tali affermazioni sono state rare nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che pure frequentemente ha occasione di confrontarsi con leggi che, in varia misura, dispongono limitazioni a diritti fondamentali e che sono soggette, ovviamente, alla verifica della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore. Il Giudice delle leggi ha mostrato chiaramente di preferire una diversa tecnica di controllo che, pure, talvolta presenta punti di contatto con i test di scrutinio stretto a cui si è fatto riferimento nella sentenza del 1994: come è stato messo in luce dalla dottrina, infatti, la Corte ha utilizzato, anche di recente, i test di necessità, sufficienza e proporzionalità¹⁴⁵. Tuttavia, ricondurre ogni verifica sulla ragionevolezza del bilanciamento effettuato dal legislatore allo scrutinio stretto sarebbe, al contempo, certamente eccessivo e probabilmente fuorviante.

I test generalmente utilizzati dalla Corte, infatti, non possiedono la rigidità propria dello scrutinio stretto – almeno inteso nel senso della Corte Suprema americana (che sembrava essere stato recepito, pur con le sottolineate differenze, nella pronuncia del 1994).

¹⁴⁴ Su cui v. G. BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2002, 3644 ss. e D. TEGA, *L'addio al celibato (e nubilito) dei militari*, *ivi*, 3652 ss.

¹⁴⁵ Si v. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 104 ss.

7. *Le leggi che discriminano sulla base dei fattori di cui all'art. 3, primo comma, Cost.*

7.1. *Il nucleo forte del principio di eguaglianza*

L'art. 3, primo comma, della Costituzione, come è noto, enuncia il principio di eguaglianza in senso formale¹⁴⁶, laddove afferma che tutti i cittadini hanno *pari dignità sociale*¹⁴⁷ e *sono eguali dinanzi alla legge*. È altrettanto noto che la disposizione in esame costituisce, secondo una felice definizione dottrinale, una sorta di «supernorma»¹⁴⁸ o, come ha affermato la Corte costituzionale, un «principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obbiettiva struttura»¹⁴⁹, comunemente ritenuto come facente parte di quei principi supremi che sono sottratti alla forma più intensa di esercizio di un potere costituito, quella della revisione costituzionale¹⁵⁰.

L'interpretazione di tale disposizione da parte del Giudice costituzionale ha subito una rapida evoluzione, in base alla quale si è passati da un'impostazione rigida, secondo la quale il legislatore ha piena facoltà di trattare in modo diverso *situazioni che ritiene diverse* (con il limite dei requisiti soggettivi dei quali ci occuperemo tra poco), ad una più flessibile ma anche più incisiva, che fa perno sulla ragionevolezza delle distinzioni e delle equiparazioni operate.¹⁵¹ Sulla base di tale disposizione, dunque, ha fatto ingresso nel nostro ordinamento il canone di

¹⁴⁶ Non faremo invece menzione nel nostro lavoro del principio di eguaglianza sostanziale, di cui al secondo comma del medesimo art. 3 della Costituzione.

¹⁴⁷ Sul significato di tale espressione, v. G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, vol. II, 1087 ss. e, con riferimento più in generale al concetto di dignità umana nella Costituzione, M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, spec. 129 ss.

¹⁴⁸ «Destinata ad operare come “norma di chiusura” dell'ordinamento»: così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, Vol. II, 1023. Secondo altra dottrina si tratta di un «principio supremo, implicito nell'assetto stesso dell'ordinamento, assolutamente non messo più in discussione, di là da ogni considerazione di diritto positivo circa la sua immutabilità o la sottrazione a revisione costituzionale» (così A. CELOTTO, *Art. 3*, cit., 28).

¹⁴⁹ Così la sentenza n. 25/1966, come ricordano C. COLAPIETRO-M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, cit., 20.

¹⁵⁰ Secondo la prospettiva scolpita nella sent. n. 1146/1988 (sui principi supremi, nell'ampia dottrina, v. le riflessioni di A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 404 ss.). Per l'affermazione che il principio di eguaglianza sia probabilmente sottratto a revisione costituzionale, v. F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, cit., 35.

¹⁵¹ In questi termini si esprime F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, cit., 55.

ragionevolezza, che occupa oggi, e da qualche decennio, un ruolo centrale nell'ambito del controllo di legittimità costituzionale¹⁵².

Non è certo questa la sede per occuparsi in generale del significato dell'art. 3 Cost. (e l'impresa eccederebbe senz'altro le capacità di chi scrive); quanto qui interessa è soffermarsi sul prosieguo del primo comma, laddove si enunciano i requisiti soggettivi che non possono essere utilizzati dal legislatore come criterio di distinzione tra i *cittadini*¹⁵³: sesso, razza, lingua religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali¹⁵⁴ (mutuando la *colorblindness* di cui discorre la Corte Suprema statunitense¹⁵⁵, si è detto che la legge deve essere "cieca" rispetto a tali connotati soggettivi)¹⁵⁶. Appare chiara la volontà del Costituente di marcare una significativa rottura, da un lato, rispetto al precedente regime (si pensi alle discriminazioni razziali perpetrate sotto il regime fascista o alle persecuzioni politiche) e, dall'altro, a situazioni di disegualianza comunque radicate nel tessuto sociale e nella tradizione (è il caso delle discriminazioni nei confronti delle donne).

Nella misura in cui vieta distinzioni *ratione subiecti*, l'art. 3 della Costituzione individua quello che è stato autorevolmente definito come il «nucleo forte» del principio di eguaglianza¹⁵⁷, al quale si ricollegano, secondo una certa prospettiva dottrinale, precise conseguenze giuridiche. Esse riguardano: 1) la necessità di un controllo rigoroso sulle disposizioni legislative che assumano tali

¹⁵² Sul canone di ragionevolezza la letteratura è ormai davvero sterminata; si v., almeno, L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit.; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, cit.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; ID., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009.

¹⁵³ Non è questa la sede per occuparsi dell'applicabilità della disposizione anche agli stranieri e agli apolidi: tema che ha da tempo impegnato la dottrina e la giurisprudenza costituzionale (sul punto v., di recente, l'ottima ricostruzione di M. LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza, in *RivistaAic.it*, n. 1/2016 e, più sinteticamente, C. COLAPIETRO-M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, cit., 21 ss.). Vedremo, peraltro, come nella pronuncia in cui la Corte costituzionale ha applicato uno scrutinio stretto di costituzionalità, si trattava di un caso in cui i soggetti discriminati erano proprio stranieri.

¹⁵⁴ Di «elementi soggettivi la cui considerazione è preclusa al legislatore» discorre A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [1994], cit., 5.

¹⁵⁵ Si tratta di una espressione utilizzata dal Giudice Harlan, nel suo *dissent* alla sentenza *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537 (1896), 559 – nella quale la Corte non sanzionò la dottrina del «separate but equal». Scrisse Harlan: «*Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved*».

¹⁵⁶ A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [1994], cit., 4.

¹⁵⁷ Per questa espressione, v. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [1994], cit., 3 ss.

requisiti come discriminine per l'applicabilità di una determinata disciplina; 2) la possibilità di invocare, in tale ambito, un vero e proprio diritto soggettivo di natura costituzionale, tale da spiegare efficacia anche nei rapporti interprivati¹⁵⁸.

Per quanto concerne la conseguenza *sub* 1), che maggiormente interessa in questa sede, si è già accennato al fatto che, secondo diversi Autori, potrebbe addirittura configurarsi una presunzione di legittimità a carico delle leggi che assumano come criterio differenziale uno dei requisiti previsti dall'art. 3, comma 1, Cost.

La dottrina, peraltro, ha dedicato specifica attenzione a tali requisiti soggettivi, evidenziando come il divieto di distinzione si presenti con un diverso grado di intensità, per l'azione congiunta di due fattori, uno di carattere *fattuale* e l'altro *normativo*: a) l'esistenza, in natura, di differenze che presentano o possono assumere rilevanza ai fini di una diversa disciplina normativa; b) la presenza di disposizioni costituzionali che consentono (o impongono) al legislatore di dettare discipline differenziate in ragione di alcuni dei citati requisiti.

Per quanto concerne il divieto di distinzione sulla base della razza, esso viene comunemente riconosciuto come assoluto (presunzione *iuris et de iure*)¹⁵⁹, in quanto non derogato da nessuna altra disposizione costituzionale¹⁶⁰ e poiché non sussistono differenze obiettivamente rilevanti tra gli appartenenti alle diverse razze (nozione, peraltro, messa in discussione dalla letteratura scientifica). Altra questione, della quale non ci occuperemo in questa sede, è se siano ammissibili discriminazioni alla rovescia, volte a compensare situazioni di svantaggio (come appare probabile, anche in applicazione del principio di eguaglianza sostanziale)¹⁶¹.

Anche il divieto di distinzioni fondate sulle opinioni politiche, centrale in una democrazia pluralistica – rafforzato peraltro da una serie di disposizioni costituzionali¹⁶² – sembra suscitare una presunzione negativa assai rigorosa¹⁶³,

¹⁵⁸ A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [2005], 4.

¹⁵⁹ A. CERRI, *Eguaglianza (principio costituzionale di)* [2005], cit., 4.

¹⁶⁰ Come notava già C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, cit., 48.

¹⁶¹ Al quale viene comunemente riconosciuto un «effetto di *rottura delle altre garanzie costituzionali*, dal momento che [...] a tale disposizione si è [...] fatto ampio ricorso per giustificare scelte legislative che altrimenti si sarebbero poste in contrasto con altri principi costituzionali, primo fra tutti quello di eguaglianza formale di cui al 1° comma dell'art. 3 Cost.» (così C. COLAPIETRO-M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, cit., 37, enfasi nell'originale).

¹⁶² Si v. al riguardo P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 229, che cita il divieto di privare il cittadino della propria capacità giuridica, della cittadinanza e del nome per motivi politici (art. 22),

mitigata, in via peraltro mediata, solo da quelle norme costituzionali che pongono limiti per associazioni e partiti (artt. 18 e 49 e XII disp. trans. e fin. della Costituzione)¹⁶⁴.

Per quanto concerne il requisito del sesso, la questione si pone in termini leggermente diversi, esistendo alcuni caratteri di rilevanza (il ruolo di madre, ad esempio), da cui deriva una presunzione meno rigorosa¹⁶⁵, come sottolineato anche con riferimento all'elaborazione della Corte Suprema statunitense (che infatti riconduce tali distinzioni nell'ambito delle *quasi-suspect classifications*). Peraltro, il principio di eguaglianza tra i sessi (con finalità protettive nei confronti della donna, per evidenti ragioni storiche) è rafforzato (e, al contempo, minato nel suo significato formale) in altre disposizioni costituzionali: per quanto concerne l'ambito familiare, esso trova infatti ulteriore affermazione nell'art. 29 (il quale peraltro fa salvi i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare); in relazione ai rapporti di lavoro, esso è sancito nell'art. 37, comma 1, Cost. e, infine, impegnando la Repubblica ad adottare appositi provvedimenti che favoriscano le pari opportunità in relazione all'accesso ai pubblici uffici, nell'art. 51, primo comma, Cost.

In riferimento al divieto di distinzione sulla base della lingua – che si ricollega alla tutela delle minoranze linguistiche ex art. 6 Cost.¹⁶⁶, che anzi rende doverosa una deroga *in melius* – esso deve indubbiamente essere messo a sistema con la circostanza che la lingua italiana, anche prima di essere riconosciuta come lingua ufficiale della Repubblica da fonti primarie (e non costituzionali)¹⁶⁷, è la lingua parlata dalla quasi totalità dei cittadini. Da ciò consegue una presunzione negativa non particolarmente rigorosa, dovendosi anzi ritenere pienamente legittime quelle norme «non neutrali», che valorizzano il ruolo della lingua italiana (che obbediscono, come si è detto, ad un criterio tendenziale e quantitativo)¹⁶⁸.

la garanzia costituzionale della segretezza del voto (art. 48), oltre alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21) e la libertà di associazione in partiti politici (art. 49).

¹⁶³ Così A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [2005], cit., 4.

¹⁶⁴ Come rilevava C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia*, cit., 50.

¹⁶⁵ V. ancora A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [1994], 6.

¹⁶⁶ Sul quale v. A. PIZZORUSSO, *Art. 6*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975 e, più di recente, V. PIERGIGLI, *Art. 6*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., Vol. I.

¹⁶⁷ Art. 1, L. n. 482/1999.

¹⁶⁸ V. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [1994], cit., 5.

Il divieto di distinguere per ragioni di fede (compresi atei ed agnostici) deve essere ricollegato alle altre disposizioni costituzionali che si occupano del fenomeno religioso (artt. 7,8, 19, 20 Cost.), le quali – oltre ad affermare la piena libertà religiosa dei singoli e delle confessioni – impongono (nel caso dei Patti Lateranensi) o consentono (nel caso delle intese) discipline differenziate nei rapporti con determinate confessioni religiose; quantunque tali differenziazioni si producano, in via diretta, nei confronti degli enti esponenziali, è innegabile che si producano effetti, in via mediata, anche nella sfera giuridica dei singoli aderenti. Inoltre, il legislatore potrà tenere conto, a determinati fini, dell'entità sociale di un determinato fenomeno religioso¹⁶⁹. La possibilità di discipline differenziate, peraltro, deve tenere conto, oltre che del divieto del quale qui ci stiamo occupando, anche del principio di laicità¹⁷⁰, riconosciuto quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale.

Per quanto attiene, infine, alle condizioni personali e sociali – lasciando impregiudicato il problema se si tratti di due distinti requisiti o di uno solo¹⁷¹ – si tratta evidentemente di una norma residuale, con funzione di chiusura del sistema¹⁷². Essa presenta natura molto generica al punto che, come è stato autorevolmente messo in luce, proprio in virtù di tale ultima ed elastica espressione, l'elenco di cui all'art. 3, primo comma, Cost. è solo apparentemente chiuso, essendo invece sostanzialmente aperto¹⁷³. Peraltro, in questo caso, la presunzione sfavorevole, pur sussistente, sembra essere assai meno rigorosa rispetto agli altri requisiti soggettivi, dal momento che, da un certo punto di vista, ogni norma non formulata in termini universali («Tutti», «chiunque» etc.) distingue sulla base delle condizioni personali o sociali¹⁷⁴ (il che non significa, però, che la Corte non abbia mai dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni legislative per effetto di tale divieto: si v., oltre alla sentenza di cui al successivo sotto-paragrafo, la sent. n. 131/1979).

¹⁶⁹ In tal senso A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [2005], cit., 4 s.

¹⁷⁰ Sul tema v. F. RIMOLI, *Democrazia e laicità*, in ID., *Democrazia, pluralismo, laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Napoli, 2013; ID., *Laicità*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. Ainis, Bari-Roma, 2007, 269 ss.; ID., *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995.

¹⁷¹ Tema al quale si è già fatto cenno in sede introduttiva.

¹⁷² *Ex plurimis*, C. COLAPIETRO-M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, cit., 34.

¹⁷³ Cfr. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [2005], cit., 4.

¹⁷⁴ Per questa esatta considerazione, v. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, cit., 6.

7.2. La giurisprudenza costituzionale

Si è detto¹⁷⁵ dunque che, secondo alcuni Autori, il collegamento tra le qualità soggettive indicate dall'art. 3, primo comma, Cost. ed una determinata disciplina normativa produce una *presunzione di illegittimità costituzionale* della normativa in questione, proprio per l'utilizzo, da parte del legislatore, di fattori la cui considerazione appare preclusa in via di principio.

Il Giudice delle leggi – pur avendo in numerose occasioni scrutinato (e, sovente, ritenuto incostituzionali) norme che attribuivano rilievo a distinzioni soggettive tra quelle vietate dall'art. 3, primo comma, Cost.¹⁷⁶ – solo in una sentenza piuttosto recente (n. 249/2010)¹⁷⁷, ha esplicitamente affermato che «[...] le “condizioni personali e sociali” fanno parte dei sette parametri esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno *scrutinio stretto* delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle “qualità” elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline»¹⁷⁸. La novità di tale affermazione emerge anche dalla circostanza che la Corte non abbia richiamato alcun proprio precedente specifico per quanto riguarda tale affermazione di principio, limitandosi a citare – come casi di applicazione del metodo enunciato – sentenze relative a disposizioni che introducevano *presunzioni assolute di pericolosità*.

È significativo mettere in evidenza che un'affermazione tanto netta è originata da una vicenda in cui il requisito soggettivo discriminante è stato ricondotto nell'alveo di quelle «condizioni personali e sociali» la cui ricomprensione nel nucleo duro del principio di eguaglianza, con tutte le conseguenze che ne derivano, era stata messa in dubbio dalla dottrina (come già abbiamo avuto occasione di accennare).

Si trattava, infatti, della questione di legittimità costituzionale della

¹⁷⁵ V., oltre al sotto-paragrafo precedente, anche quanto osservato nell'*Introduzione*.

¹⁷⁶ Si v., ad esempio, le pronunce citate da A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, cit., 381 ss.

¹⁷⁷ Su cui v. F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3017 ss.

¹⁷⁸ Corte costituzionale, sent. n. 249/2010, n. 4.2 del *Considerato in diritto*.

circostanza aggravante comune¹⁷⁹ della permanenza illegale sul territorio nazionale (art. 61, numero 11-*bis*, c. p.)¹⁸⁰, in cui, evidentemente, la «condizione personale» era costituita dall'essere straniero illegalmente presente sul suolo italiano.

In realtà, la Corte ha fatto leva non solo sul citato criterio di distinzione, ma anche sul fatto che la disposizione incidesse sul godimento di un diritto fondamentale (quello alla libertà personale), enfatizzando congiuntamente gli elementi che, anche isolatamente, nella giurisprudenza della Corte Suprema giustificano il ricorso allo *strict scrutiny* (v. *supra*, cap. I). In tale occasione, il Giudice costituzionale ha ricordato la necessità di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione e di constatare l'ineluttabilità della limitazione del diritto fondamentale.

La Corte ha significativamente affermato di dover procedere ad un *vaglio positivo di ragionevolezza* (secondo quanto enunciato anche in un contesto diverso, ossia in tema di deroga alla retroattività della *lex mitior*)¹⁸¹: la ragionevolezza (e, dunque, la legittimità costituzionale) della disciplina legislativa sembrerebbe non essere presunta, ma richiederebbe invece di essere verificata da parte del Giudice delle leggi caso per caso. Questa ricostruzione, tuttavia, sembra minata dal fatto che la Corte contrappone il citato vaglio positivo di ragionevolezza all'accertamento della «non manifesta irragionevolezza»; sul punto si tornerà in sede ricostruttiva, nel corso del prossimo capitolo.

In questa decisione, peraltro, il Giudice costituzionale non ha indicato analiticamente gli elementi la cui sussistenza deve essere accertata per vincere la presunzione di illegittimità di una normativa che incida negativamente sul godimento di un diritto fondamentale, sulla base di una classificazione sospetta *ex art. 3*; o meglio, non lo ha fatto in termini generali bensì solo con riferimento specifico al deteriore trattamento sanzionatorio, che deve necessariamente rispondere alla «logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene

¹⁷⁹ Per circostanze comuni si intendono, come è noto, «le circostanze (aggravanti o attenuanti) prevedute nella parte generale del codice, perché potenzialmente applicabile a d un insieme non predeterminabile di reati» (così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 436).

¹⁸⁰ Introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera *f*), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125.

¹⁸¹ Sentt. nn. 393/2006 e 72/2008: sul tema si tornerà nel successivo capitolo III.

giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati». La Corte, inoltre, ha utilizzato argomenti ulteriori per addivenire alla declaratoria di illegittimità, che esulano dall'oggetto della nostra indagine.

Peraltro è significativo notare come tali affermazioni siano state svolte nell'ambito di un contesto, quello dell'*ordinamento penale*, in cui la Corte ha tradizionalmente limitato il proprio sindacato *ex art. 3 Cost.* alle sole ipotesi di manifesta disparità di trattamento, riconoscendo dunque la più ampia discrezionalità al legislatore¹⁸².

8. *Le leggi che derogano al criterio territoriale di competenza del giudice amministrativo*

8.1 *La competenza funzionale inderogabile*

La competenza viene tradizionalmente definita, come è noto, come *la porzione di giurisdizione spettante in concreto ad un giudice*¹⁸³ (peraltro, la dottrina più recente ha intrapreso nuove strade definitorie)¹⁸⁴.

Se nel processo civile la competenza viene ripartita *verticalmente* (ossia tra giudici di tipo diverso) – sulla base dei criteri della materia e del valore economico – e *orizzontalmente* (ossia tra giudici dello stesso tipo dislocati in luoghi diversi) sulla base del criterio territoriale¹⁸⁵, nel processo amministrativo il discorso si pone in termini diversi¹⁸⁶. Infatti, esistendo essenzialmente un solo tipo di giudice di primo grado (i Tribunali amministrativi regionali)¹⁸⁷ ed un solo giudice di appello

¹⁸² Come rileva F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo*, cit., 3019.

¹⁸³ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, rist. inalterata, Napoli, 1965, 483: «La competenza di un organo [...] è quella parte di potere giurisdizionale che esso può esercitare».

¹⁸⁴ Secondo C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*. Vol. I: *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, 191, mediante la definizione tradizionale non si coglie appieno il valore della competenza. Infatti «La giurisdizione non viene smembrata per attribuire ai singoli giudici una quantità maggiore o minore di potere giurisdizionale: la funzione giurisdizionale è attribuita ai singoli giudici nella sua integrità. La competenza, o meglio i criteri per determinarla, risolvono piuttosto il problema di ordine pratico della fissazione dell'ambito, territoriale ovvero *quoad obiectum*, entro il quale questa funzione viene esercitata dai vari giudici che "amministrano" la giustizia [...]». Su questo tema v. anche M. ACONE-R. SANTULLI, *Competenza. II) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

¹⁸⁵ Cfr. artt. 7 ss. c.p.c.

¹⁸⁶ Ancora diverso è il discorso nell'ambito del diritto processuale penale: cfr. A. A. D'ALIA-G. DELLA MONICA, *Competenza. III) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000.

¹⁸⁷ Previsti dall'art. 125, secondo comma, Cost. (sui problemi interpretativi suscitati da esso suscitati v. V. CAIANIELLO, *Il 2° comma dell'art. 125*, sub Art. 125, in *Commentario della Costituzione*,

(il Consiglio di Stato), il principale criterio di ripartizione non può che essere *orizzontale* (ed è quello territoriale). Prima dell'approvazione del codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104/2010), peraltro, la competenza territoriale era derogabile¹⁸⁸; principio successivamente ribaltato dall'art. 13 c.p.a.¹⁸⁹.

In tale sistema processuale, il criterio della materia assume rilievo, oltre che per determinare *ab interno* il tipo di giurisdizione che il giudice amministrativo può esercitare (di legittimità, esclusiva, di merito)¹⁹⁰, anche per alcune ipotesi di competenza c.d. funzionale.

Si tratta di casi in cui la competenza viene attratta da uno specifico organo giurisdizionale, senza che assuma alcun rilievo il criterio territoriale; ciò accade, esattamente: 1) a favore del Tar del Lazio per le numerose ipotesi disciplinate dall'art. 135 c.p.a. e in casi previsti da leggi speciali; 2) a vantaggio del Tar Lombardia, sede di Milano, per ciò che riguarda le controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas¹⁹¹.

Per espressa previsione normativa (cfr. art. 14, comma 3), è funzionale ed inderogabile anche la competenza relativa al giudizio di ottemperanza¹⁹² e a quei processi che si svolgono con rito speciale¹⁹³, «nonché per ogni altro giudizio per il quale la legge o il presente codice individuino il giudice competente con criteri diversi» da quello territoriale.

In particolare, per quanto ci interessa, la dottrina ha da tempo messo in luce la tendenza ad assegnare al Tar del Lazio un ampio numero di controversie – basti pensare che l'art. 135, primo comma, c.p.a., ha raggiunto la lettera *q-quater* – con riferimento a casi *in cui siano coinvolti interessi generali e non frazionabili o di*

fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Le regioni, le province, i comuni*. Tomo II, art. 121-127, Bologna-Roma, 1990, 351 ss.) e istituiti con l. n. 1034/1971, all'esito di un articolato percorso, favorito anche da sentenze della Corte costituzionale (v. ancora V. CAIANIELLO, *op. cit.*, 358 ss.).

¹⁸⁸ Sotto la previgente disciplina, infatti, l'incompetenza, non rilevabile d'ufficio, poteva essere eccepita dalle parti costituite entro termini perentori e non poteva costituire motivo d'appello (v. art. 31 della L. 1034/1971).

¹⁸⁹ Rubricato, per l'appunto, «Competenza territoriale inderogabile». A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 226, sottolinea come si tratti di una delle innovazioni più evidenti del codice rispetto alla disciplina precedente.

¹⁹⁰ Cfr. artt. 133 («Materie di giurisdizione esclusiva») e 134 («Materie di giurisdizione estesa al merito»).

¹⁹¹ Così dispone l'art. 14, secondo comma, c.p.a.

¹⁹² Art. 113 c.p.a.

¹⁹³ Art. 119 c.p.a.

particolare delicatezza, soluzione di dubbia compatibilità rispetto all'art. 125 della Costituzione¹⁹⁴, che non sembra alludere alla possibilità di attribuire qualche preminenza funzionale ad uno specifico Tribunale amministrativo (in questo caso, quello capitolino).

8.2. *La giurisprudenza costituzionale*

Prima della recente svolta, la Corte costituzionale aveva mostrato un atteggiamento assai tollerante nei confronti di questa espansione delle ipotesi di competenza funzionale del Tar Lazio. Il Giudice delle leggi aveva avuto, in particolare, due diverse occasioni di occuparsi della questione: una nel 1992 ed una esattamente quindici anni dopo, nel 2007.

Nel primo caso (sent. n. 189/1992)¹⁹⁵, veniva portata all'attenzione del Giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 74/1990, nella parte in cui, sostituendo il secondo comma dell'art. 17 della legge n. 195/1958¹⁹⁶, attribuiva¹⁹⁷ al (solo) Tribunale amministrativo regionale del Lazio la competenza a decidere sui ricorsi in primo grado avverso i provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari adottati dal Consiglio Superiore della Magistratura¹⁹⁸.

In quella occasione il Giudice delle leggi respinse seccamente le censure avanzate dal rimettente, che denunciavano, per quanto qui interessa¹⁹⁹, la violazione degli artt. 3 (in quanto si tratta di disciplina derogatoria rispetto alla regola generale del pubblico impiego), 24 (per gli effetti negativi che essa produce sul diritto di agire in giudizio) e 125 (per i motivi accennati in precedenza) della Costituzione.

¹⁹⁴ Cfr., seppure in termini più sfumati, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia*, cit., 228.

¹⁹⁵ Sulla quale v. A. ROMANO, *Giudice amministrativo e giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1992, parte I, 2033 ss.

¹⁹⁶ Recante *Norme sulla costituzione e sul funzionamento del consiglio superiore della magistratura*.

¹⁹⁷ V. ora art. 135, comma 1, lett. a), c.p.a.

¹⁹⁸ Come è noto, peraltro, a diverso regime sono sottoposti i provvedimenti disciplinari, i quali possono essere impugnati con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (v. art. 17 della legge n. 195/1958).

¹⁹⁹ Si prospettava, inoltre, il contrasto art. 23, primo comma, dello Statuto della Regione siciliana (regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455) in rapporto al decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654, istitutivo del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana.

Quanto all'asserita violazione del principio di eguaglianza, la Corte argomentò il rigetto sulla base della peculiare posizione ordinamentale del Consiglio Superiore della Magistratura e dello *status* dei magistrati, che costituiscono fondamento giustificativo di un trattamento differenziato, tale peraltro da non comprimere ingiustamente il fondamentale diritto di azione. La Corte, inoltre, precisò che la norma assolveva alla funzione di assicurare l'uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado di giudizio (argomento che, a sommo avviso di chi scrive, prova troppo, come se un tale obiettivo non fosse astrattamente desiderabile per ogni tipo di controversia). Quasi telegrafica, invece, fu la risposta della Corte rispetto al prospettato contrasto con l'art. 125 Cost., tanto da poter essere qui integralmente riprodotta: non vi è contrasto « perché l'attribuzione della competenza al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, anziché ai diversi Tribunali amministrativi regionali dislocati su tutto il territorio nazionale, non altera il sistema di giustizia amministrativa. Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio è parte, infatti, del sistema processuale amministrativo che consta di numerosi gangli periferici e di uno centrale, che con quelli è collegato – in base alle regole proprie della giurisdizione amministrativa – ben oltre il caso oggetto dell'impugnativa in esame».

La recente svolta, di cui ci occuperemo tra poco, non è giunta totalmente inaspettata; nel secondo precedente specifico, risalente all'anno 2007 (sent. n. 237)²⁰⁰, la Corte aveva sottolineato chiaramente – ma il messaggio non è stato recepito dal legislatore, come spesso accade quando *moniti* o altre manifestazioni ottative²⁰¹ sono contenuti in sentenze di rigetto – riferendosi ad altra ipotesi di competenza funzionale del Tar Lazio, che: «*la contestata disciplina* – tanto in ragione del suo carattere derogatorio dell'ordinario sistema [...] di ripartizione della competenza tra i diversi organi di primo grado della giurisdizione amministrativa, quanto per il fatto di costituire solo l'ultimo esempio, in ordine di tempo, di una serie di ripetuti interventi legislativi che hanno concentrato presso il

²⁰⁰ Commentata da F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale accresce la competenza territoriale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice dell'emergenza?*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 491 ss. e M. GNES, *La competenza giurisdizionale sui provvedimenti adottati durante l'emergenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1059 ss.

²⁰¹ Sul tema dei moniti al legislatore v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 408 ss.; più diffusamente, L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987.

Tribunale amministrativo romano interi settori del contenzioso nei confronti della pubblica amministrazione – *fa sorgere un delicato problema di rapporto con l'articolazione su base regionale, ex art. 125 Cost., del sistema di giustizia amministrativa*²⁰².

Nonostante tale premessa – e pur invocando «la necessità di un *criterio rigoroso* in ordine alla verifica della non manifesta irragionevolezza della disciplina processuale in esame» – la Corte dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, del decreto-legge 30 novembre 2005, n. 245²⁰³ – aggiunti dalla legge di conversione – nella parte in cui attribuiva alla competenza del Tar Lazio la cognizione delle ordinanze e dei consequenziali provvedimenti adottati dal commissario nominato in caso di emergenza dichiarata ai sensi della l. n. 225/1992²⁰⁴. Il Giudice delle leggi valorizzò, in modo particolare, la straordinarietà delle situazioni di emergenza ed il loro carattere necessariamente ultraregionale.

L'orientamento tollerante della Corte è successivamente mutato, in tempi a noi molto vicini, quando il Giudice delle leggi ha avuto occasione di adottare tre distinte sentenze relative a diversi casi di competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio.

Una nuova ipotesi di «scrutinio rigoroso» è emersa, infatti, a partire da una sentenza del 2014 (la n. 159)²⁰⁵, in cui la Corte è stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale della devoluzione al Tar Lazio della competenza funzionale inderogabile sui provvedimenti dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata²⁰⁶.

²⁰² Sent. n. 232/2007, n. 5.3.1 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta.

²⁰³ *Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania*.

²⁰⁴ La Corte ha infatti chiarito che i «commi 2-bis e 2-ter, al pari del successivo comma 2-quater, seppure inseriti formalmente in un articolo del decreto-legge n. 245 del 2005, sull'emergenza rifiuti della regione Campania, debbono ritenersi dettati per tutte le situazioni di emergenza in qualunque Regione esse si manifestino, come risulta anche dai lavori preparatori della legge di conversione n. 21 del 2006 (in particolare, dal parere espresso dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati)».

²⁰⁵ Su questa sentenza e sulla giurisprudenza successiva, v. V. CERULLI IRELLI, *Sul principio «territoriale» della competenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Giur. cost.*, 2014, 2545 ss.; P. DE LISE, *La giurisprudenza costituzionale sulla competenza funzionale del T.A.R. del Lazio*, *ivi*, 2989 ss.

²⁰⁶ Prevista dall'art. 135, comma 1, lett. p), c.p.a.

Il Giudice delle leggi – anche per effetto dell’espansione quantitativa delle controversie attribuite alla competenza funzionale del Tar Lazio– ha evidenziato la necessità di sottoporre ad un controllo maggiormente stringente («rigoroso») le deroghe al principio dell’articolazione territoriale (e della relativa competenza) degli organi di primo grado della giustizia amministrativa, disposto dall’art. 125 Cost. Se così non fosse – si è aggiunto – il citato precetto costituzionale «si esporrebbe al rischio di venire svuotato ad opera del legislatore statale, che potrebbe gradualmente vanificare l’articolazione regionale» dei tribunali amministrativi²⁰⁷.

La Corte, nella decisione citata, si è spinta oltre un generico richiamo ad un più rigoroso sindacato, e ha precisato i *test* che le leggi in questione debbono superare ai fini del rigetto della questione di costituzionalità, richiedendosi che: 1) ogni deroga al criterio territoriale sia disposta in vista di uno *scopo legittimo*, giustificato da un *idoneo interesse pubblico*; 2) la medesima deroga sia contraddistinta da una *connessione razionale rispetto al fine perseguito*; 3) essa risulti *necessaria rispetto allo scopo perseguito* «in modo da non imporre un irragionevole stravolgimento degli ordinari criteri di riparto della competenza in materia di giustizia amministrativa».

Per quanto concerne l’interesse pubblico, il Giudice delle leggi ha contribuito a definirlo in negativo (stabilendo ciò che, di per sé, non è idoneo a giustificare la deroga) e, segnatamente, l’«esigenza di assicurare l’uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado», la quale in effetti è «astrattamente configurabile rispetto ad ogni categoria di controversie» (discostandosi dal proprio precedente del 1992).

È interessante evidenziare una significativa evoluzione rispetto alla giurisprudenza precedente – nonostante il tentativo, condotto nella sentenza, di rintracciare una piena continuità – largamente improntata al riconoscimento di una ampia discrezionalità legislativa in *subiecta materia*, come in generale nella disciplina degli istituti processuali. Vero è che la Corte, come già visto, aveva affermato la necessità di utilizzare un «criterio rigoroso» nel vagliare le ipotesi di deroga al riparto su base territoriale ma è anche vero che non solo essa non aveva elaborato alcuno schema di giudizio, ma aveva espressamente affermato – in modo

²⁰⁷ Sent. n. 159/2014, n. 3.4 del *Considerato in diritto*.

che a chi scrive appare contraddittorio – che il criterio citato era volto a verificare la «non manifesta irragionevolezza» della scelta del legislatore.

Il nuovo schema di giudizio sopra riportato è stato applicato, compresa la decisione in cui è stato per la prima volta elaborato, per tre volte: per effetto di esso, la Corte è giunta, due volte, a rigettare le questioni di legittimità costituzionale (sentt. nn. 159 e 182/2014) e, in una occasione, ad accoglierla (sent. n. 174/2014).

Nella già menzionata sentenza n. 159, la Corte ha ritenuto che la concentrazione in un unico tribunale dell'esame delle controversie già citate rispondesse, tra l'altro, 1) «all'esigenza di evitare che i singoli atti dell'Agenzia, anche se afferenti ad un'unica vicenda giudiziaria o riguardanti beni appartenenti ad un'unica organizzazione criminale, siano impugnabili davanti a diversi Tar locali [...] a detrimento della visione d'insieme». Per altro verso, la scelta del legislatore è apparsa giustificabile 2) alla luce del fatto che l'Agenzia ha carattere di *amministrazione centrale dello Stato, i cui atti trascendono gli interessi delle comunità locali*.

Nella successiva decisione n. 174 veniva in rilievo ancora un'ipotesi di competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio, ed esattamente quella riguardante le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti emessi dall'autorità di polizia inerenti al rilascio di autorizzazioni in materia di giochi pubblici con vincita in denaro²⁰⁸, che è stata colpita dalla scure della illegittimità costituzionale. La Corte ha preliminarmente evidenziato che si tratta di provvedimenti adottati da un'autorità periferica dello Stato (la questura), collegati ad interessi di carattere squisitamente locale. Il Giudice delle leggi ha inoltre negato l'esistenza di altre finalità *di rilievo costituzionale* che potessero giustificare la deroga, mancando – ad esempio – la straordinarietà della situazione, la necessità di fronteggiare un'emergenza o l'esistenza di un peculiare *status* dei destinatari dei provvedimenti. Il Giudice delle leggi – tenendo fede a quanto già affermato nella sent. n. 159 – ha ribadito che l'esigenza di uniformità di giudizio non è da sola idonea a giustificare un regime processuale differenziato, giacché essa viene in ogni caso garantita in sede di gravame, come per tutte le controversie, dal Consiglio di Stato e dalla sua

²⁰⁸ Prevista dall'art. 135, comma 1, lett. *q-quater*), c.p.a.

Adunanza plenaria.

Infine, nell'ultima decisione in materia (la n. 182/2014, di rigetto), la Corte si è occupata della competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio²⁰⁹ sulle controversie relative ai provvedimenti di scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguenti a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso²¹⁰. La Corte ha rilevato, anzitutto, che il potere di scioglimento degli organi elettivi costituisce una «misura governativa straordinaria di carattere sanzionatorio», funzionale al contrasto alla criminalità organizzata e che si colloca, per una pluralità di ragioni, sul piano degli atti di alta amministrazione, e precisamente su quello degli «atti dell'amministrazione centrale dello Stato (in quanto emessi da organi che operano come *longa manus* del Governo) finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali» (rientranti nella materia dell'ordine pubblico e della sicurezza).

In maniera forse apodittica, la Corte ha evidenziato che la deroga agli ordinari criteri di riparto è, dunque, giustificata dalla «finalità di assicurare tutela a fronte di atti dell'amministrazione centrale dello Stato», oltre che da quella di «assicurare l'uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado di giudizio» (scopo che, come visto poco sopra, si era recentemente affermato essere di per sé non sufficiente come giustificazione della deroga al riparto di competenza).

Da una visione complessiva, sembra che la Corte abbia sufficientemente delimitato, anche attraverso il richiamo alla precedente giurisprudenza, gli interessi pubblici idonei a giustificare la deroga al principio dell'articolazione territoriale della competenza dei tribunali amministrativi regionali (suggerendo anche, nella sentenza n. 174, che debba trattarsi di *interessi di rilievo costituzionale*). Peraltro, nonostante le diverse possibili *rationes* giustificatrici individuate dalla Corte, appare generalmente decisivo, ai fini della valutazione di legittimità, il criterio della dimensione degli interessi (nazionali o locali), come già era emerso, con modalità differenti, nella giurisprudenza precedente²¹¹.

²⁰⁹ Prevista dall'art. 135, comma 1, lett. g), c.p.a.

²¹⁰ Adottati ai sensi dell'art. 143 del d. lgs. n. 267/2000 (*Testo unico degli enti locali*).

²¹¹ V. ancora V. CERULLI IRELLI, *Sul principio «territoriale» della competenza dei tribunali amministrativi regionali*, cit., 2547.

Meno approfondito appare il discorso condotto dal Giudice delle leggi quanto alla connessione razionale rispetto allo scopo e alla necessità della deroga al criterio territoriale di competenza, che non sono oggetto di specifica considerazione nella parte motiva delle sentenze, come se la sussistenza dell'idoneo interesse pubblico (oltre che la possibilità di ricondurre i provvedimenti impugnabili nell'alveo di un'amministrazione centrale dello Stato) avesse carattere assorbente rispetto agli altri elementi di giudizio elaborati dalla stessa Corte.

CAPITOLO III

LO SCRUTINIO STRETTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: SPUNTI RICOSTRUTTIVI

SOMMARIO: 1. *Una pluralità di livelli di riflessione* – 2. *Primo livello: la teorica possibilità di uno scrutinio stretto* – 3. *Secondo livello: una proposta ricostruttiva alla luce della giurisprudenza costituzionale* – 3.1. *Uno sguardo d'insieme ai presupposti e alla struttura dello scrutinio stretto* – 3.2. *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità* – 3.2.1. *Un excursus (auspichiamo) chiarificatore* – 3.2.1.1. *Le sanzioni fisse* – 3.2.1.2. *La riproduzione di normativa abrogata mediante referendum popolare* – 3.2.1.3. *La deroga alla retroattività della lex mitior* – 3.2.1.4. *La violazione del giudicato costituzionale* – 4. *Terzo livello: Considerazioni critiche e spunti per una futura strutturazione* – 4.1. *Cosa non convince nella giurisprudenza costituzionale* – 4.2 *Pars costruens* – 5. *Minime conclusioni in tema di scrutinio stretto e di presunzione di illegittimità*

1. *Una pluralità di livelli di riflessione*

Dato conto delle più significative pronunce del Giudice costituzionale su quelle che abbiamo definito *leggi costituzionalmente sospette*, come tali sottoposte a «scrutinio stretto», è ora possibile tentare di fissare qualche coordinata rispetto a questa “tecnica” di controllo di legittimità.

Ad avviso di chi scrive, la riflessione può essere svolta, per comodità espositiva, su tre livelli differenti:

1) un primo, di carattere esclusivamente teorico, volto a indagare se sia astrattamente ipotizzabile un controllo di legittimità costituzionale più severo rispetto a quello ordinario (e, in modo speculare, se sia possibile uno scrutinio maggiormente deferente nei confronti del legislatore);

2) un secondo, teso a ricostruire cosa è lo scrutinio stretto *sulla base di alcune affermazioni di principio* contenute nella giurisprudenza costituzionale e a individuare i casi in cui sussiste una vera e propria *presunzione di illegittimità costituzionale* (che la Corte invochi o meno un più severo controllo);

3) un terzo, in cui si esprimono alcune critiche sull'uso che la Corte fa dello scrutinio stretto e si accennano spunti per una più coerente strutturazione dei diversi "livelli" di controllo costituzionale.

2. Primo livello: la teorica possibilità di uno scrutinio stretto

Al primo livello occorre considerare l'autorevole posizione secondo cui – se non abbiamo frainteso il pensiero dell'Autore – lo scrutinio stretto, sostanzialmente, non solo *non è praticato in concreto nella giurisprudenza costituzionale ma non potrebbe nemmeno essere ipotizzato in astratto*¹. Tale conclusione si basa sulle seguenti affermazioni: 1) «una legge o è in contrasto con la Costituzione o non lo è»; 2) «i poteri della Corte costituzionale non cambiano a seconda della maggiore o minore evidenza del vizio» contestato; 3) «nel nostro sistema di giustizia costituzionale non esistono [...] leggi "manifestamente" incostituzionali e leggi "semplicemente" incostituzionali»; 4) la Corte costituzionale non «ha mai distinto le disposizioni costituzionali tra di loro, addirittura ipotizzando una presunzione di illegittimità a carico delle leggi che si pongano in contrasto con disposizioni ritenute "più fondamentali di altre"»².

Ad avviso di chi scrive è necessario distinguere due discorsi: il primo, che concerne il piano meramente descrittivo dello stato attuale della giurisprudenza costituzionale; il secondo che attiene al livello non già dell'essere ma del *poter essere* (tralasciando in questa sede il piano deontico, del *dover essere*).

Cerchiamo di spiegarci meglio; la critica che l'autorevole dottrina sopra citata sembra muovere allo scrutinio stretto si articola su un duplice piano: su un primo livello, Pace intende sostenere che nella giurisprudenza costituzionale non sia mai emerso un vero e proprio scrutinio stretto, inteso nel senso di quello praticato dalla Corte Suprema americana (con inversione dell'onere della prova). Si tratta di una considerazione – qui condivisa nella sostanza – che sembra trovare sostegno negli esiti spesso assai deludenti del controllo praticato dalla Corte costituzionale sulle leggi che essa stessa reputa costituzionalmente sospette. Su questo specifico aspetto, tuttavia, ci intratterremo nei paragrafi successivi.

¹ A. PACE, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, in *Giur. cost.*, 2010, 3748.

² A. PACE, *op. e loc. ult. cit.*

L'altro livello della critica condotta dall'illustre studioso allo *strict scrutiny* – e che costituisce evidentemente il punto centrale della riflessione condotta nello scritto citato – si muove sul piano teorico: l'Autore ritiene, sostanzialmente, che la mancanza di un vero scrutinio stretto non è imputabile ad una libera scelta del Giudice costituzionale, ma dipende direttamente dalla natura dei rapporti tra oggetto e parametro del giudizio, dalla configurazione dello stesso sistema di giustizia costituzionale e dalla sostanziale omogeneità delle norme-parametro (non esistendo differenze qualitative fra le stesse, capaci di incidere sul controllo di legittimità). Accogliendo siffatta prospettiva, probabilmente l'unica critica che si potrebbe muovere all'organo di garanzia costituzionale sarebbe relativa alla perseveranza (o ostinazione) nel voler descrivere come “stretto” un controllo che è (*e non può non essere*) quello ordinario.

Tuttavia, se le premesse di Pace possono essere in larga parte (anche se non totalmente) condivise, chi scrive ritiene che esse non comportino come conseguenza l'impossibilità di ipotizzare, anche solo teoricamente, uno scrutinio stretto di costituzionalità.

Cerchiamo di affrontare, in modo necessariamente sintetico, i punti evidenziati dalla dottrina qui richiamata.

L'affermazione *sub* 1) appare condivisibile: in un dato momento storico – ché, infatti, la validità/invalidità di una norma non è proprietà immanente alla stessa ma frutto di un rapporto col parametro che può mutare diacronicamente, per una pluralità di cause³ – una legge o è conforme a Costituzione (o è legittima) o non lo è: *tertium non datur*. In fondo la stessa gradualità, rilevata da autorevole

³ V., per tutti, M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 8 ss., il quale distingue tra mutamenti incidenti sul parametro, il *definiens*, e mutamenti incidenti sull'oggetto, il *definitus* (i quali, fuori dall'ipotesi di una espressa modificazione, che comporterebbe il sorgere di una relazione nuova, possono essere dovuti sia a fattori giuridici che extra-giuridici). Tra i mutamenti incidenti sul *definitus*, peraltro indirettamente, particolare interesse ha suscitato, in dottrina, il c.d. anacronismo legislativo: sul tema v. A. CERRI, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo, limiti del giudicato costituzionale - Riflessioni a proposito della caduta del vincolo alberghiero*, in *Le Regioni*, 1981, 733 ss.; M. D'AMBROSIO, *L'anacronismo legislativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 309 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 247 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 234 ss.; GIO. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali. (Note a margine della sentenza costituzionale in materia di servitù coattiva di passaggio per esigenze abitative dei portatori di handicap)*, in *Giur. it.*, 2000, I, 684 ss. e, se si vuole, A. TURTURRO, *Su di un anacronismo legislativo accertato ma non dichiarato (e superato tramite un'interpretazione conforme contra litteram legis)*, in *Giur. cost.*, 2014, 1215 ss.

dottrina, per cui vi può essere maggiore o minore conformità della norma legislativa alla Costituzione⁴, non toglie che il giudice costituzionale debba pronunciarsi nel senso dell'accoglimento o del rigetto della questione⁵ (pur con tutte le sfumature che i dispositivi, talvolta integrati dalle motivazioni⁶, possono assumere e senza dimenticare che la Corte talvolta utilizza in modo disinvolto dispositivi processuali per sottrarsi al merito).

Ciò, però, non comporta come conseguenza l'impossibilità di uno scrutinio stretto: esso consiste, infatti, solo in *una tecnica di accertamento maggiormente rigorosa e penetrante dell'esistenza o meno del vizio*, a valle del quale controllo, effettivamente, vi sarà una dichiarazione di infondatezza oppure di illegittimità costituzionale (sempre che, *ça va sans dire*, la questione sia ammissibile). Ciò anche perché il controllo di legittimità costituzionale – salve ipotesi quasi di scuola⁷ – non si muove sui saldi binari della logica formale, dell'accertamento deduttivo del contrasto tra la Costituzione e la legge, circostanza che sarebbe possibile laddove una legge ordinaria espressamente e seccamente contraddicesse la Carta fondamentale (ad esempio, una legge che disponesse che «contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale *non* è ammesso ricorso per Cassazione»), nel qual caso si potrebbe utilizzare il c.d. metodo delle colonne parallele⁸. Ciò, come è ovvio, non accade di norma, nel senso che la Corte è

⁴ Cfr. F. MODUGNO, *Validità (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 2, secondo il quale la validità non è sempre piena, potendo anche essere *parziale*, secondo criteri quantitativi o qualitativi. L'A. è tornato successivamente sul tema: v. F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 116 s.

⁵ Con la quale, a rigore, si dichiara la *non fondatezza della questione* e non la *legittimità della norma* oggetto del giudizio.

⁶ È il caso, ad esempio, delle sentenze interpretative (di rigetto e di accoglimento).

⁷ Sui casi di scuola nel diritto costituzionale, v. però il monito lanciato da G. U. Rescigno dopo il primo caso di sfiducia parlamentare a un singolo Ministro (si tratta del noto caso Mancuso): «per il giurista i casi di scuola non esistono, nel senso che, per quanto improbabile appaia una ipotesi, egli deve dare la risposta giuridica, o comunque offrire gli argomenti persuasivi che rendono una risposta più ragionevole di altre»; così G. U. RESCIGNO, *Il «caso Mancuso», ovvero dell'inesistenza di casi di scuola, ovvero ancora del dovere dei giuristi di rispondere ai quesiti giuridicamente possibili*, in *Diritto pubblico*, 1996, n. 1, 241. Cfr. anche l'amara considerazione di A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le «ragioni» di Napolitano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 febbraio 2009, 13, secondo cui «in Italia serve sempre anche fare ipotesi di scuola, visto che soprattutto di questi tempi la realtà supera spesso la fantasia».

⁸ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 112: «si accostano l'una all'altra – appunto, in parallelo – la disposizione di legge e quella costituzionale; se le due disposizioni hanno contenuti normativi omogenei (identico oggetto) ma significati normativi opposti (per esempio, l'una pone un comando e l'altra, invece, un divieto) la legge è illegittima. In questo particolare tipo di antinomie normative, *res ipsa loquitur*». Non è questa la sede per

chiamata a svolgere una attività che comporta valutazioni di carattere diverso (senza voler scomodare qui la problematica della c.d. logica dei valori)⁹, legate all'uso del canone di ragionevolezza e alla tecnica del bilanciamento tra diversi interessi costituzionalmente rilevanti¹⁰. La formalizzazione di modelli di controllo (tra cui lo scrutinio stretto) è solo ciò che serve a rendere riconoscibile ed eventualmente verificabile il percorso argomentativo che la Corte svolge per risolvere la *quaestio legitimitatis*.

Per quanto concerne l'affermazione *sub 2)*, anch'essa è senz'altro condivisibile, ma non convincenti sono, anche in questo caso, le conseguenze che se ne traggono. Non può esservi dubbio che, quale che sia l'entità del vizio di legittimità e la disposizione costituzionale violata, la "pena" massima ed unica per la legge è comunque la scure della incostituzionalità (laddove possibile, parziale), non essendovi meno gravi rimedi (tutt'al più essendovi, meno gravi vizi, ossia vizi che non comportano l'invalidità della norma)¹¹. Come già messo in luce, tuttavia, lo scrutinio stretto – ed eventuali gradini intermedi rispetto al sindacato ordinario – servono semplicemente a consentire un sindacato di maggior rigore e non a produrre conseguenze *qualitativamente* diverse nei confronti della legge viziata. È il controllo, l'accertamento che cambia nel suo *profilo strutturale-argomentativo*, non i poteri di cui dispone il giudice costituzionale né l'effetto prodotto dalla sentenza di accoglimento.

La proposizione *sub 3)*, secondo la quale non esistono leggi "semplicemente" incostituzionali e leggi "manifestamente" incostituzionali è, probabilmente, non così pacifica e, comunque, non probante quanto alla impossibilità di uno scrutinio stretto. In primo luogo, appare opportuno sottolineare che in dottrina è stata ipotizzata la distinzione tra leggi semplicemente "incostituzionali" e leggi "anti-

affrontare il problema, evidenziato nel prosieguo del passaggio citato dagli Autori, della possibilità di configurare questa ipotesi addirittura come un caso non già di "semplice" invalidità ma addirittura di nullità-inesistenza.

⁹ L'espressione, come è noto, si deve ad A. BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, n. 87-88, 64. Su di essa, v. per tutti A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 347 ss.; nell'ampia letteratura sui valori, v. F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999.

¹⁰ Sul bilanciamento, da ultimo, v. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi nelle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014.

¹¹ Ossia vizi tali da non comportare l'invalidità della norma: v. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 97 ss.

costituzionali”¹², sulla base della gravità (e della potenziale irrimediabilità) del vizio dal quale sono inficiate. Comunque, anche a non voler condividere tale ultima ricostruzione dottrinale, le leggi per cui si applica lo scrutinio stretto non sono “manifestamente” incostituzionali: l’invalidità, come già detto, si pone a valle, e non a monte, del controllo (come chiarito anche dalla giurisprudenza federale statunitense)¹³; prima di esso, vi sono solo leggi che presentano degli *indici di sospetto*, tali da rendere necessario – nel caso di scrutinio «all’americana» – un accertamento della legittimità basato su una logica opposta rispetto a quello che si applica nella generalità dei casi (che comporta una sorta di inversione dell’onere della prova).

Non totalmente condivisibile sembra infine l’affermazione *sub* 4), in cui si dice che la Corte non ha mai distinto tra loro le disposizioni costituzionali; se infatti non è contestabile che, a livello meramente dispositivo-testuale, non esista una gerarchia all’interno della Costituzione, meno sostenibile è l’inesistenza di un contenuto assiologico privilegiato all’interno della Legge fondamentale¹⁴ (il pensiero corre ovviamente ai c.d. principi supremi¹⁵ e, nella giurisprudenza costituzionale, alla sent. n. 1146/1988¹⁶ e a tutte quelle decisioni, come la recente sent. n. 238/2014¹⁷, in cui il Giudice delle leggi ha affermato che un particolare

¹² A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, 289. L’A. è tornato sul tema in altre occasioni: v., tra i vari contributi, ID., *Art. 90*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. II, 1758 ss.; ID., *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le «ragioni» di Napolitano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 febbraio 2009, 12 s. Per l’ipotesi che tra le leggi “anticostituzionali” possano rientrare anche quelle che reiterano la violazione del giudicato costituzionale, sia consentito rinviare a A. TURTURRO, *La reiterata violazione del giudicato costituzionale come «atto contrario alla Costituzione» ex art. 126 della Carta: spunti di riflessione*, in *Le Regioni*, 2014, 538.

¹³ V. la pronuncia della Corte Suprema, già citata, *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, in cui espressamente si è rifiutata la concezione che lo *strict scrutiny* sia «severo in teoria e fatale in fatto».

¹⁴ Si tratta di questione che l’A. citato ritiene, invece, di dover tralasciare nell’ambito di questo discorso, anche perché la dottrina dei principi supremi (nel momento in cui scriveva) non era ancora stata portata ad effetto dalla Corte: v. ancora A. PACE, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁵ V., almeno, il recente lavoro di P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

¹⁶ Sulla quale vedi la nota di S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988, 5570 ss.

¹⁷ Pronuncia che ha suscitato un vivace dibattito nella dottrina, non solo costituzionalistica: v., *ex multis*, R. BIN, *L’adattamento dell’ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 gennaio 2016; M. BRANCA, *Il punto sui “controlimiti”*, in *Giur. cost.*, 2014, 3899 ss.; R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione*,

contenuto assiologico della nostra Legge fondamentale è capace di resistere all'osmosi con altri ordinamenti)¹⁸. Successivamente, peraltro, in qualche modo avremo occasione di tornare sul tema, nel tentativo di individuare il fondamento del «sospetto» di incostituzionalità.

negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti, ivi, 3908 ss.; A. CHIUSOLO, Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la "giuristocrazia"?, in Forum di Quaderni costituzionali, 14 luglio 2015; A. CIAMPI, La dichiarazione di incostituzionalità delle leggi di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite e di adattamento alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, in Osservatorio sulle fonti, fasc. 1/2015; B. CONFORTI, La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale, in Giur. cost., 2014, 3885 ss.; R. DICKMANN, Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto, in Federalismi.it, 19 novembre 2014; P. FARAGUNA, Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione, in Forum di Quaderni costituzionali, 2 novembre 2014; L. GRADONI, Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?, in Forum di Quaderni costituzionali, 17 novembre 2014; T. GROPPI, La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana, in Consulta Online, Studi, 2015, I, 1 ss.; A. GUZZAROTTI, Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014, in Forum di Quaderni costituzionali, 5 novembre 2014; E. LAMARQUE, La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere, in Questione Giustizia, 1/2015, 76 ss.; A. LANCIOTTI-M. LONGOBARDO, La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità, in Federalismi.it, 3 aprile 2015; S. LEONE, Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta, in Forum di Quaderni costituzionali, 13 novembre 2014; S. LIETO, Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014, in Forum di Quaderni costituzionali, 6 novembre 2014; M. LUCIANI, I controlimiti e l'eterogenesi dei fini, in Questione Giustizia, 1/2015, 84 ss.; C. PINELLI, Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità, in Giur. cost., 2014, 3891 ss.; F. RIMOLI, La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa, in Giur. cost., 2014, 3915 ss.; ID., Il diritto, la storia, la memoria. La Corte costituzionale e i crimini nazisti come paradigma dell'irredimibile, in RivistaAic.it, Osservatorio costituzionale, luglio 2015; A. RUGGERI, La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014), in Consulta Online, Studi 2014; ID., Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili "seguiti" della 238 del 2014?, in Consulta Online, Studi 2015/I; v., inoltre, i lavori pubblicati nel numero del Focus Fonti del diritto, collegato alla rivista Federalismi.it: C. ZANGHÌ, Un nuovo limite all'immunità di giurisdizione degli Stati nella sentenza 238 della Corte Costituzionale italiana?; L. MINNITI, Il diritto ad un processo nel merito; N. COLACINO, La tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili tra obblighi internazionali e Stato di diritto; F. GIRELLI, La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste; R. CALVANO, La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0, par. 4.

¹⁸ Come è stato messo in luce dalla dottrina che più compiutamente si è occupata di valori costituzionali, i principi supremi esplicano essenzialmente «un'azione protettiva nei confronti del nucleo di senso dell'ordinamento costituzionale; una funzione limitatrice diretta nei confronti dell'attività di produzione normativa che si declina tanto *ad extra*, come argine nei confronti di diritto proveniente da ordinamenti esterni, quanto *ad intra*, come parametro di legittimità nei confronti del legislatore (persino nella sua veste costituzionale); così A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, cit., 407. Peraltro, accanto alla funzione limitatrice, l'A. ne evidenzia anche la funzione legittimante.

Un altro studioso, nell'ambito di un pregevole raffronto del grado di penetrazione del controllo compiuto dalla Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento rispetto a quello che potrebbe compiere il giudice amministrativo (su atti formalmente amministrativi), ha affermato che il modello dello scrutinio stretto non è esportabile in Europa¹⁹. Ciò perché, nella nostra cultura giuridica – ritiene l'Autore – il giudice è percepito «essenzialmente come terzo, *impermeabile agli interessi, ancorché pubblici*, sui quali deve giudicare. In particolare, il *sillogismo giurisdizionale è percepito, nel nostro sistema, come un'operazione meramente logica di raffronto*, che non deve essere influenzata da considerazioni di altro tipo: il sindacato del giudice e le valutazioni politiche, in altri termini, sono antitetici. Quando il primo è influenzato dalle seconde, tanto nel processo amministrativo quanto in quello costituzionale, si dovrebbe ipotizzare una *patologia del sistema*, ovvero una forma di azione pubblica diversa dal processo tecnicamente inteso» (enfasi aggiunta). Da ciò deriverebbe l'impossibilità di una graduazione tra i modi di effettuazione del giudizio (una norma o è incostituzionale o non lo è) e la conseguenza, dunque, che lo scrutinio stretto non può che essere l'ordinario controllo di ragionevolezza, salvo ipotizzare per la Corte un ruolo diverso rispetto a quello di un giudice²⁰.

Anche queste considerazioni non paiono, a chi scrive, pienamente convincenti. Per quanto attiene all'attività del giudice in generale (ad esempio, del giudice comune), la più moderna teoria dell'interpretazione (sin da Betti che lanciava strali acuminati contro Santi Romano e la sua metafora della specchio)²¹

¹⁹ R. MANFRELLOTTI, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 3743.

²⁰ R. MANFRELLOTTI, *op. e loc. ult. cit.*

²¹ Secondo S. Romano, come è noto, l'interpretazione «non è che il riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio»; così S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva* [ottobre 1945], in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 120. E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*, Padova, 1960, 182, affermò che il suono delle argomentazioni di Romano, «ascoltandolo bene, ci giunge oggi un poco fuori tempo, sostanzialmente antiquato: eco di una concezione intellettualistica del processo interpretativo dipendente dal concepire la conoscenza come una recezione passiva d'una verità già sussistente e in sé compiuta, prima dell'elaborazione del pensiero [...] Tale concezione oggi è da considerare superata sia dalla rivoluzione copernicana operata dalla gnoseologia kantiana nella teoria della conoscenza sia, nel campo specifico dell'interpretazione, dalla consapevolezza, che oggi hanno raggiunto anche i giuristi nell'interpretazione della legge, che cioè in questa interpretazione non si tratta di un procedimento puramente intellettuale, paragonabile a quello delle scienze matematiche o naturali, ma di procedimento ricognitivo diretto a identificare e a riprodurre negli apprezzamenti dell'interprete le valutazioni comparative degli interessi in

ha ampiamente dimostrato la fallacia della ricostruzione dello *ius dicere* in termini di attività meramente dichiarativa di un diritto preesistente (il giudice *bouche de la loi*, di illuministica memoria)²² e ha dimostrato il contributo che il giudice (e, più in generale, l'interprete) reca nella creazione del diritto. È noto, infatti, che nel momento attuale, le teorie dichiarative dell'interpretazione²³ hanno un credito assai limitato, contendendosi il campo quelle posizioni che, in varia guisa, si discostano da un concezione meramente cognitiva dell'interpretazione e che condividono la conclusione secondo cui la norma non esiste "in natura" ma a valle di un percorso interpretativo del quale è possibile predicare la correttezza/scorrettezza, non certo la verità/falsità²⁴.

Per quanto concerne la Corte costituzionale – che giudice *stricto sensu* non è²⁵ – il discorso si pone poi in termini completamente diversi. Se, infatti, l'attività di un qualunque giudice non può essere realisticamente ricostruita con il c.d. sillogismo giudiziale, ciò vale *a fortiori* per il Giudice delle leggi, per le ragioni già in precedenza accennate.

Vi è di più: contrariamente a quanto afferma l'Autore, la Corte *non può essere indifferente agli interessi pubblici sui quali deve giudicare*; infatti, tra le molte ragioni invocate ed invocabili per la istituzione di un sindacato di legittimità accentrato, vi è proprio la necessità di creare un giudice che – nel garantire la

conflitto che sono già contenute nelle norme giuridiche». Sul dibattito tra Betti e Romano (che coinvolse anche Carnelutti, dal quale anzi ebbe origine), v., di recente, A. LONGO, *La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa*, in *Consulta Online*, Studi 2014, 1 ss.

²² L'espressione, come è noto, appartiene a Charles Louis de Secondat, Barone di Montesquieu e alla sua opera *Lo spirito delle leggi* [1748], Milano, 1989, 225. Per un sintetico sguardo al contributo dato da Montesquieu allo sviluppo del pensiero giuridico, v. U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, 307 ss. Si rammenti anche l'auspicio del Filangieri: «che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi; che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano (...); che l'interpretazione sia proscritta»; così G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* [1774], in P. COMANDUCCI, *L'illuminismo giuridico: antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1978, 173.

²³ Secondo cui «l'interprete *conosce* norme già prodotte dal legislatore, norme che, dunque, *preesistono* all'attività interpretativa»; così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, 2012, 43, che la definisce «teoria conoscitiva o cognitiva».

²⁴ Sulla teoria "valutativa" o "decisionale", sulla teoria "mediana" o "alternativa" e sulla teoria "creativa" o "performativa", v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 46 ss. Sulle teorie della interpretazione v. anche T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014, 53 ss.

²⁵ O, comunque, è un giudice davvero *sui generis*; v. quanto osservato *infra* nel testo.

superiorità della Costituzione – tenga conto, per quanto possibile, delle esigenze del legislatore²⁶ (che gode, pertanto, di questo *privilegio* rispetto agli omologhi organi che operano in sistemi c.d. diffusi). Certo, la Corte non deve svolgere valutazioni politiche e non può sovrapporre il suo giudizio alla discrezionalità del legislatore (come recita, con formula «assai mal redatta», l'art. 28 della l. n. 87/1953)²⁷, né, dell'altro lato, deve abdicare al ruolo di garante della Carta fondamentale in nome di una generica ragion di Stato (essendo anzi, *l'unica ragion di Stato ammissibile nello Stato democratico pluralistico coincidente proprio con la difesa dei valori costituzionali*). Ma «interessi pubblici» e «valutazioni politiche» si muovono su due binari non coincidenti: senz'altro, infatti, il Giudice delle leggi è chiamato a tenere in considerazione, nel giudicare la legittimità delle norme sottoposte al suo controllo, gli *interessi pubblici*, di *rango costituzionale*, che hanno spinto il legislatore a dettare una determinata disciplina (e che possono, eventualmente, giustificarla, a fronte di un apparente contrasto con il parametro). È ciò che la Corte fa nella sua attività quotidiana, che si richiami o meno ad uno scrutinio stretto di costituzionalità.

D'altronde – al di là delle possibili riserve sul potere di modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento, ampiamente formulate in dottrina²⁸ – cosa significa che la Corte, nel tenere conto delle conseguenze delle

²⁶ Cfr., nel senso del testo, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 32: «il legislatore ha il suo giudice speciale, operante attraverso procedimenti particolari e formato con personale non esclusivamente giudiziario, capace di tenere nel debito conto, accanto alle esigenze dei diritti costituzionali, le esigenze propriamente politiche (e i diritti di partecipazione politica) che si esprimono nella legge».

²⁷ Così A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 73, il quale riporta anche alcuni aggettivi utilizzati dalla dottrina in relazione alla disposizione in esame (*ivi*, 74). Già F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*. Vol. II. *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 347, discorreva di un disposto ambiguo ed oscuro; critico su tale formula anche S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in ID., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 301. Secondo G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 245, essa «non dice nulla di normativamente efficace, esprimendo semmai solo un'esigenza e una preoccupazione».

²⁸ Come avvenuto, di recente, nella sentenza n. 10/2015, su cui ha avuto modo di ragionare copiosamente la dottrina costituzionalistica: E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di una interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 2015, 79 ss.; A. PUGIOTTO, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, *ivi*, 90 ss.; L. GENINATTI SATÈ, *L'irrisolta questione della retroattività delle sentenze d'illegittimità costituzionale (osservazione a Corte cost., sent. 11 febbraio 2015, n. 10)*, *ivi*, 99 ss.; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in *Federalismi.it*, 25 febbraio 2015; I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte*

sue pronunce, deve impedire *la tirannia di un valore sugli altri*²⁹? Oppure che lo stesso giudice costituzionale – a differenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2015; R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 aprile 2015; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 aprile 2015; P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”: sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015; R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta Online*, Studi 2015/I, 220 ss.; S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore “Senzaterra”*, in *Consulta Online*, Studi 2015/I, 232 ss.; M. RUOTOLO-M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015; A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015; L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 aprile 2015; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015; F. COCOZZA, *Un salomonico equilibrio tra “giusta misura” e “decisione” nella sentenza n. 10/2015. La Corte costituzionale “vestale” dei conti pubblici tra i guasti del funambolismo finanziario ed il miraggio di politiche pro-concorrenziali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 aprile 2016; C. MAINARDIS, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 aprile 2015; D. MESSINEO, *«Accadde domani»: l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla “Robin Tax”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 aprile 2015; A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015; A. PIN-E. LONGO, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità “in concreto” o realistico?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 aprile 2015; F. GABRIELE-A. M. NICO, *Osservazioni “a prima lettura” sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del “togliere ai ricchi per dare ai poveri” alla legittimità del “chi ha avuto, ha avuto, ha avuto...scordiamoci il passato”*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015; A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015; S. PANIZZA, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2015; A. ANZON DEMMIG, *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 maggio 2015; I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 maggio 2015; C. BERGONZINI, *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015. Per un commento al d.d.l. A. S. 1952 (presentato al Senato), con cui si intende introdurre il potere di modulazione degli effetti temporali della sentenza di accoglimento, sia consentito rinviare ad A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico)*, cit., *passim*.

²⁹ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 85/2013, 10/2015, 63/2016. L'origine schmittiana dell'espressione (C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Stuttgart 1967, trad. it *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Milano 2008) è ricordata, tra gli altri, da M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 10.

che è sempre giudice del singolo caso concreto portato alla sua attenzione – deve garantire una *tutela sistemica e non frazionata* dei diritti costituzionali, secondo la formula utilizzata nella sentenza n. 264/2012?³⁰ Ancora, si pensi alla giurisprudenza costituzionale sulla *riserva del possibile e del ragionevole* in tema di attuazione dei diritti sociali³¹ e non vi è dubbio che gli esempi potrebbero ulteriormente proseguire, essendosi, tra l'altro, da tempo ravvisata la sensibilità della Corte rispetto agli effetti politici delle proprie decisioni³², senza che ciò comporti, di per sé, alcuna deriva patologica nel sistema di garanzia della Legge fondamentale (come invece sembra sostenere la dottrina dalla quale qui si dissente).

È chiaro che tali riflessioni si ricollegano al tema – ben più ampio e che non è possibile in questa sede ripercorrere – relativo alla natura e al ruolo che la Corte costituzionale svolge nel nostro ordinamento e che concorre a definire non solo la forma di governo ma, addirittura, la stessa forma di Stato. Sulla natura della Corte costituzionale la dottrina, in specie quella più risalente, si è a lungo interrogata e, naturalmente, le ricostruzioni divergono. Non vi è dubbio, peraltro, che il giudice costituzionale non possa essere semplicisticamente assimilato a un qualunque giudice; basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, a: 1) la sua speciale composizione, ben diversa da quella dei giudici comuni; 2) le sue speciali funzioni, irriducibili alla ordinaria attività giurisdizionale; 3) in particolare, la circostanza che l'oggetto del giudizio della Corte sia l'atto politico per eccellenza, cioè la legge; 4)

³⁰ Sulla quale v. C. PINELLI, “*Valutazione sistematica*” versus “*valutazione parcellizzata*”: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.*, 2012, 4228 ss.; R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*, *ivi*, 4232 ss.; F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, *ivi*, 4235 ss.

³¹ Tale formula è stata coniata, come è noto, dal Tribunale costituzionale federale tedesco. Le differenze del nostro sistema costituzionale rispetto a quello tedesco, peraltro, fanno sì che essa debba essere accolta nella nostra esperienza in un significato diverso (come ricorda A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 31). Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali, v., per tutti, C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996 e, più di recente, anche con riferimento alla prospettiva sovranazionale, i contributi pubblicati in E. CAVASINO-G. SCALA-G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013.

³² Come rammenta A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, in *Consulta Online*, Studi 2006, par. 3, tale considerazione era stata espressa già dall'allora Presidente della Corte costituzionale, Giuseppe Branca. Sul punto v. anche le riflessioni svolte, dal medesimo Autore, circa trenta anni or sono: A. PACE, *Corte costituzionale e “altri” giudici tra “garantismo” e sensibilità politica*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. I, 586 ss.

il fatto che in dottrina vi è chi ritiene che le sentenze di accoglimento della Corte siano fonti del diritto³³ (non vogliamo prendere posizione sul tema: ci sembra sintomatico anche solo il fatto che la questione si ponga).

Non ci pare, dunque, conclusivamente, che gli argomenti richiamati dalla dottrina citata militino contro la possibilità di una forma di controllo di costituzionalità maggiormente penetrante rispetto a quello ordinario.

Al discorso sin qui condotto si ricollega anche, dal punto di vista opposto, la possibilità che lo scrutinio si atteggi in modo deferente: si tratta di tutti quei casi – tra loro eterogenei – in cui la Corte costituzionale ritiene di poter sindacare solo la *manifesta irragionevolezza di una determinata disciplina*³⁴; in questo caso, dunque, si espande l’ambito di discrezionalità del legislatore, non essendo sufficiente, affinché una determinata disciplina sia dichiarata invalida, una “semplice” irragionevolezza. Si tratta di ambiti materiali (come il diritto penale, il diritto tributario o il diritto processuale, solo per citare alcuni esempi che emergono dalla giurisprudenza costituzionale) in cui la discrezionalità assume ampiezza particolare, a causa della specifica natura del settore in questione oppure per l’elevato tasso di politicità (si pensi al controllo sull’ “evidente mancanza” dei presupposti di necessità ed urgenza del decreto-legge).

Tale discrezionalità deve ritenersi massima (ma non proprio senza confini) nei c.d. *spazi vuoti di diritto costituzionale*, ravvisati da una parte della dottrina³⁵ –

³³ V. ad. es. A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 2003, 27 ss. Sul tema cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*. II,1, cit., 116 ss.

³⁴ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 4, evidenzia come «negli ambiti in cui maggiormente è avvertita la necessità di preservare un adeguato margine di libero apprezzamento da parte degli organi politici, la Corte si attiene ad un significato minimale di ragionevolezza che dà luogo ad “una valutazione di legittimità costituzionale [...] fondata soltanto su una irrazionalità manifesta, irrefutabile”» (per la citazione interna Sent. n. 46 del 1993, ma anche n. 236 del 2008, n. 81 del 1992, 206 del 1999). È interessante evidenziare come l’Autrice accosti tale tipo di sindacato al *rational basis review* condotto dalla Corte Suprema federale statunitense.

³⁵ Esistono infatti «sempre settori (la protezione degli animali, ad es., da intendere, fra l’altro, in termini nuovi, secondo il pensiero degli “animalisti”; lo sport, ecc.) veramente estranei al pur ricco disegno della nostra Costituzione» (così A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità. I) ordinamento italiano*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 22). Sul punto v. quanto osservato da M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2013: «A parte il fatto che è evidente la presenza di spazi, in tutto o in parte “vuoti di Costituzione” (si pensi alla stessa “formula” del sistema elettorale, che i Costituenti lasciarono volutamente aperta, consentendo passaggio dal proporzionale al maggioritario e ritorno); a parte il fatto che qualunque costituzione “non può che lasciare “libera” da prescrizioni, per quanto estese ed incisive siano le sue proposizioni, una serie, storicamente variabile, di rapporti sociali e di manifestazioni giuridiche, va detto [...] che la Costituzione non intende essere totalizzante, non nutre eccessi giacobini, non

che nega la totale funzionalizzazione dell'attività legislativa all'attuazione della Costituzione³⁶ – e confermati da una, non più recentissima, sentenza della Corte costituzionale, in tema di estensione soggettiva dell'obbligo di prestare il servizio militare³⁷.

Può essere difficile, *in concreto*, misurare l'ampiezza della discrezionalità del legislatore nei diversi settori nei quali può incidere; ciò però non sembra comportare la necessità, *in astratto*, di negarne addirittura la possibilità.

3. Secondo livello: una proposta ricostruttiva alla luce della giurisprudenza costituzionale

3.1 Uno sguardo d'insieme ai presupposti e alla struttura dello scrutinio stretto

Passando al secondo livello, si può affermare che lo scrutinio stretto, all'interno della giurisprudenza della Corte costituzionale, non ha lo *status* – invero piuttosto definito, nonostante alcune zone d'ombra, messe in luce nel corso del capitolo I – che possiede nell'esperienza statunitense. Dal punto di vista strutturale, infatti, il quadro è assai problematico, non essendo agevole svolgere una riflessione

impone modelli astratti, ma traccia concrete linee di tendenza e offre – alla politica che sappia e voglia servirsene – gli strumenti per assicurare il progresso dei singoli e dell'intera comunità nazionale». Secondo l'A., pertanto, «Postulare l'essenzialità dell'intermediazione legislativa al fine dell'attuazione (in senso proprio) costituzionale non equivale a funzionalizzare la legge, sempre e comunque, all'attuazione. In senso non dissimile A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 106, sostengono l'esistenza di uno «spazio costituzionale neutro», sottratto, per così dire, al dominio dello stesso costituente, che altrimenti assumerebbe le caratteristiche di un produttore di norme con pretese totalitarie, perché ultrattive e tendenzialmente totalizzanti». Per l'affermazione che, nel nostro sistema, esistano «molteplici luoghi di indifferenza alla Costituzione», v. A. LONGO, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, II ed., Napoli, 2016 (in corso di pubblicazione).

³⁶ Autorevolmente patrocinata da F. MODUGNO, sin dal suo lavoro su *L'invalidità della legge*, vol. II, cit., 335 ss. in cui si sostiene che tutte le leggi devono «ritenersi positivamente vincolate al fine, sia pure generico di realizzare la costituzione». Ciò consegue alla tesi fondamentale di tale studioso secondo cui la legislazione costituisce sviluppo e svolgimento della costituzione, alla quale abbiamo fatto cenno anche in precedenza.

³⁷ Corte cost., sent. n. 172/1999, ove leggiamo: «deve ritenersi *esistere uno spazio vuoto di diritto costituzionale* nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale nell'apprezzare ragioni che inducano a estendere la cerchia dei soggetti chiamati alla prestazione del servizio militare» (punto 2.1 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta). Su tale pronuncia v. E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1705 ss.; G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: una interpretazione discutibile della Corte*, *ivi*, 1728 ss.

sui presupposti di tale controllo né sui suoi elementi costitutivi; dal punto di vista degli effetti, sulla base di una semplice constatazione empirica, tale tecnica di controllo non possiede nulla dell'inflessibilità e della rigidità che, quantomeno originariamente, possedeva lo *strict scrutiny* condotto dal supremo giudice federale statunitense.

Quanto ai *presupposti* di tale controllo nella nostra giurisprudenza costituzionale, si impongono due osservazioni: 1) vi è una certa *eterogeneità delle ipotesi che giustificano il ricorso al più rigoroso scrutinio* e 2) *non vi è automatismo nell'applicazione dello strumento stesso*, nel senso che non sempre la Corte – a fronte di una legge che rientra nelle categorie per le quali ha riconosciuto in precedenza la necessità dello *strict scrutiny* – vi procede (omettendo talvolta addirittura di nominarlo).

Cercando di ricondurre a una serie di principi comuni alcune delle ipotesi in cui la Corte pratica lo scrutinio stretto di costituzionalità, si potrebbero raggruppare, per una certa affinità che cercheremo subito di argomentare, le leggi-provvedimento, le leggi interpretative, le leggi retroattive e quelle di chiamata in sussidiarietà legislativa.

Si può individuare, quale comun denominatore delle citate ipotesi, che si tratti di quei casi in cui *la legge parlamentare fa il mestiere di qualcun altro* (dell'amministrazione, del giudice, del legislatore regionale) ovvero fa il proprio mestiere al di fuori di quelli che ne sono i caratteri naturali ancorché non necessari (generalità, astrattezza, innovatività, efficacia *pro futuro* delle disposizioni)³⁸. Sembra confermarlo, con riferimento ad una specifica ipotesi, la seguente affermazione del 1999 del Presidente *pro tempore* della Corte costituzionale, Giuliano Vassalli, secondo cui «le leggi provvedimento, *derogando ai principi generali in ordine alla distribuzione delle funzioni*, sono soggette a “scrutinio stretto” da parte della Corte»³⁹ (enfasi aggiunta).

Sembra potersi desumere, in particolare, che *i caratteri tipici della legge*, pur non indefettibili (nel senso che la legge che non ne è provvista, non è per ciò solo

³⁸ Sui caratteri distintivi della norma giuridica, v., per tutti, F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978.

³⁹ G. VASSALLI, *La giustizia costituzionale nel 1999. Conferenza stampa*, VI-II.1, disponibile sul sito della Corte costituzionale, sezione *Documentazione-Relazioni annuali*.

illegittima), *non sono costituzionalmente adiafori*. Tale assunto, ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere probabilmente collegato non direttamente ad una lettura sostanzialistica della «funzione legislativa» di cui all'art. 70 Cost.⁴⁰, bensì, in modo forse più pregnante, al retroterra assiologico associato ai caratteri naturali della legislazione, fortemente legato, tra l'altro, ai principi di eguaglianza, separazione dei poteri, certezza del diritto, tutela dell'affidamento, pienezza della tutela giurisdizionale.

Per quanto concerne le leggi di attrazione in sussidiarietà, appare interessante sottolineare che, in questa nostra ricostruzione, l'invocazione dello scrutinio stretto è probabilmente finalizzata a far valere non tanto il rapporto di *regola-eccezione* (attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni – avocazione in sussidiarietà a livelli più alti) stabilito dall'art. 118, primo comma, Cost., che anche sarebbe sufficiente a giustificarlo secondo un'attenta dottrina⁴¹, ma piuttosto a limitare la deroga al riparto di competenze legislative previsto dall'art. 117 Cost. che a tale attrazione delle funzioni amministrative si accompagna, secondo quanto riconosciuto a partire dalla sentenza n. 303/2003.

Per quanto riguarda le disposizioni che attribuiscono alla competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio la cognizione di determinate controversie, il fondamento dello scrutinio stretto sembra essere legato alla deroga a un principio costituzionale (art. 125 Cost.). Al riguardo sembrano potersi svolgere due notazioni: la prima è che l'art. 125 non è, nel suo tenore letterale, una norma ascrittiva di competenza su base territoriale, limitandosi a stabilire che «nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado [...]». In

⁴⁰ Per una sintetica definizione v. F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, II ed., Torino, 2015, 128 ss. Sul tema si v. anche l'interessante ricostruzione di F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 115 ss.

⁴¹ Sul tema si v. quanto affermato da A. RUGGERI, *Riforma del titolo V della Costituzione e autonomie locali (notazioni introduttive)*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2002*, VI.2, Torino, 2003, 266 s.: «Se, dunque, la regola è la tendenziale allocazione di queste ultime [le funzioni amministrative] in capo ai Comuni, *compatibilmente con le concrete capacità di questi ultimi di farne un congruo utilizzo*, l'eccezione è nell'"esercizio unitario" delle funzioni da parte di livelli istituzionali più alti (un esercizio, non a caso, preceduto da quel "salvo che..." che appunto ne denota lo scostamento dalla regola). Sono, pertanto, gli atti che *ab initio* trattengono funzioni in capo ad enti diversi dai Comuni a doversi giustificare ovvero gli altri che, in un momento successivo, facciano tornare all'alto funzioni precedentemente conferite. Le conseguenze di siffatta indicazione metodico-ricostruttiva sono evidenti tanto sul piano sostanziale [...], quanto su quello processuale, laddove, a mia opinione, dovrebbe assistersi ad *un'inversione dell'onere della prova*, essendo non già il ricorrente o lo stesso giudice a dover dare la prova della invalidità dell'atto bensì il suo autore e chi lo rappresenta in giudizio» (corsivi dell'Autore).

altri termini, la Costituzione impone che ogni Regione abbia il suo TAR, ma non dispone che ad esso debba essere attribuita la cognizione di tutte le controversie che presentano un collegamento con il suo ambito territoriale: si tratta, cioè, di una possibile interpretazione – certamente condivisibile – del parametro. Se però si trae questa norma dalla disposizione di cui all’art. 125 – e veniamo alla seconda notazione – non può non rilevarsi che essa non sembra incorporare alcuna eccezione: la Corte, dunque, ricava la norma e l’eccezione alla stessa in assenza di appigli testuali (a tacer dell’importante considerazione, che dovrebbe forse essere valorizzata, per cui la Costituzione nulla dice, al contrario, sull’articolazione territoriale dei giudici ordinari)⁴². In altre ipotesi invece (ad esempio, principio del pubblico concorso per l’accesso agli impieghi nelle P.A.), per le quali non si configura uno “scrutinio stretto” è la stessa Carta fondamentale a prevedere la possibilità per il legislatore di derogare alla regola costituzionale (cfr. art. 97 Cost., secondo cui «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, *salvo i casi stabiliti dalla legge*»).

Rimangono, infine, le ipotesi di limitazioni di diritti fondamentali e la discriminazione sulla base delle categorie sospette di cui all’art. 3, primo comma, Cost.: è evidente che il fondamento qui risiede nella necessità di tutelare – tramite un più esigente standard di controllo di legittimità – i valori fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, secondo un modello analogo a quello proprio della Corte Suprema statunitense.

Un tentativo di ricostruzione complessiva delle varie ipotesi sin qui analizzate, peraltro, verrà accennato *infra*.

Per quanto concerne la struttura dello scrutinio rigoroso, il discorso diviene ancor più incerto. In alcuni casi sembra che, quando la Corte applica uno scrutinio stretto, essa si ritenga abilitata a censurare non solo l’irragionevolezza “manifesta”,

⁴² Per quanto tale differenza sia da ricollegarsi anche a ragioni storiche (i giudici ordinari già esistevano ed erano operanti sull’intero territorio nazionale al momento della stesura della Costituzione, mentre gli organi di giustizia amministrativa di primo grado venivano introdotti *ex novo*), non vi è dubbio, ad avviso di chi scrive, che l’interprete debba attenersi a ciò che la Costituzione effettivamente prescrive, senza considerare gli intendimenti e le valutazioni, soggettive e contingenti, dei membri dell’Assemblea costituente. Sul dibattito che ha condotto alla formulazione dell’art. 125 Cost., si v. GIO. SERGES, *Il principio del «doppio grado di giurisdizione» nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, 250 ss., secondo cui «scarsamente significative e caratterizzate da una limitata angolazione risultano le indicazioni provenienti dall’esame dei lavori preparatori».

ma anche quella “semplice” o non altrimenti qualificata. In tali ipotesi, tuttavia, sembra quanto meno dubbio che lo scrutinio sia effettivamente rigoroso, sembrando, a chi scrive, un normale controllo di legittimità costituzionale.

In altri casi, in modo assai evidente, la formula della quale qui ci si occupa sembra costituire un mero espediente retorico.

Non solo non emerge una struttura unica per le varie ipotesi, ma soprattutto non si è in grado di evincere, per molti dei casi riportati, quali siano le caratteristiche di questa forma di controllo maggiormente penetrante: non può che condividersi, dunque, l’affermazione di un’autorevole dottrina, secondo cui «difetta nella nostra giurisprudenza un chiaro enunciato di quelli che sono i requisiti di un rigoroso scrutinio di costituzionalità e di quelli che sono, invece, gli elementi del generale controllo di ragionevolezza, come pure la formalizzazione di eventuali gradini intermedi, in questo campo»⁴³. Ciò emerge, con particolare nettezza, in riferimento alle leggi-provvedimento.

Una forma embrionale di strutturazione sembra delinarsi, invece, come già messo in luce, per le leggi di sanatoria di atti amministrativi (in cui si va alla ricerca del fondamento giustificativo della sanatoria stessa, sulla base di un’analisi spesso approfondita dei lavori preparatori). Lo stesso sembra potersi dire per la più recente giurisprudenza in tema di leggi retroattive, laddove si richiede qualche cosa di equivalente (almeno a parole), e nonostante significative differenze, ai «motivi imperativi di interesse generale» che esige la giurisprudenza della Corte EDU.

In altri casi, invece, – almeno nelle affermazioni di principio – lo scrutinio ha una sua precisa struttura formale, come era avvenuto – ma si tratta di ipotesi attualmente superata sulla base del riformato Titolo V della Parte II Cost. – per le leggi statali che invocavano un interesse nazionale per comprimere le competenze regionali. Pur dovendosi attendere l’*iter* di riforma costituzionale in corso per comprendere se tale problema costituisca effettivamente un *relictum del passato* o sia destinato a divenire un *frutto del futuro*, sembra opportuno riportare brevemente le verifiche a cui doveva essere assoggettata la legislazione statale, per la loro ricchezza e precisione. Si richiedeva:

a) «che il discrezionale apprezzamento del legislatore statale circa la ricorrenza e la

⁴³ A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1999, 1137.

rilevanza dell'interesse nazionale *non [fosse] irragionevole, arbitrario o pretestuoso*, tale da comportare un'ingiustificata compressione dell'autonomia regionale»;

b) «che la natura dell'interesse posto a base della disciplina impugnata [fosse], per dimensione o per complessità, tale che una sua adeguata soddisfazione, tenuto conto dei valori costituzionali da rispettare o da garantire, non [potesse] avvenire senza disciplinare profili o aspetti che esorbita[va]no dalle competenze regionali (o provinciali) e tuttavia [fossero] necessariamente connessi con il tema oggetto della normativa in questione» (c.d. infrazionabilità dell'interesse); «ovvero che, anche se non necessariamente infrazionabile, l'interesse invocato [apparisse], a una valutazione ragionevole, così imperativo o stringente oppure [esigesse] una soddisfazione così urgente da non poter esser adeguatamente perseguito, avendo sempre presenti i valori costituzionali da garantire, dall'intervento normativo di singole regioni (o province autonome)»;

c) «che, in qualsiasi caso, l'intervento legislativo dello Stato, considerato nella sua concreta articolazione, [risultasse] *in ogni sua parte giustificato* e contenuto nei limiti segnati dalla reale esigenza di soddisfare l'interesse nazionale posto a proprio fondamento»⁴⁴.

Proseguendo con la nostra analisi, anche per le leggi che derogano all'art. 125 Cost., come visto, la Corte ha recentemente elaborato un tipo di controllo che si compone di tre fasi.

Risalendo indietro nella giurisprudenza, nel primo caso in cui si è fatto riferimento allo scrutinio stretto per la limitazione di diritti inviolabili, diversamente, vi erano due precisi livelli di giudizio, legati al fine ed al mezzo utilizzato, come già messo in luce, assai simili a quelli utilizzati dalla Corte suprema.

A tale riguardo, la precisa individuazione di protocolli di giudizio risulta assolutamente necessaria, ad avviso di chi scrive, perché in tanto è possibile uno scrutinio rigoroso in quanto siano precisate esattamente le condizioni alle quali una determinata legge può considerarsi valida (*recte*, non *invalida*).

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 177/1988 (red. Baldassarre), n. 2.4.1 del *Considerato in diritto*: è stato omissis il richiamo dei precedenti.

3.1.2. *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità*

Appare significativo sottolineare che in nessuno dei casi citati la Corte sembra sostenere l'illegittimità, in via di principio, delle singole tipologie di leggi sospette (e, dunque, che sussista una *presunzione di invalidità*), anzi sembra riconoscere esattamente l'opposto: sono frequenti, ad esempio, affermazioni secondo le quali «non è preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, ossia di *leggi-provvedimento*»; o altre relative alla ammissibilità, in via di principio, di leggi di sanatoria, di leggi interpretative e di quelle retroattive in generale.

Particolarmente contraddittoria, a tale riguardo, sembra la giurisprudenza in materia di leggi di sanatoria: la Corte muove dall'assunto che «le leggi di sanatoria non sono costituzionalmente precluse in via di principio»⁴⁵; tuttavia, come evidenziato nel capitolo precedente, lo schema di scrutinio applicato muove dalla ricerca del fondamento della legittimità delle singole leggi che rientrano in questa categoria, al punto che, come è stato sottolineato in dottrina, la presunzione di validità sembra essere sostanzialmente ribaltata. Nei fatti, dunque, la Corte – nonostante la diversa petizione di principio – sembra smentirsi affermando che la legittimità è sottoposta a determinate condizioni (da valutare su base casistica).

Occorrerebbe, ad avviso di chi scrive, fare chiarezza sul *paradigma logico su cui si fonda il controllo sulle leggi* delle quali qui ci stiamo occupando: «sono valide, salvo che ...» (presunzione di legittimità) oppure «sono invalide, salvo che» (presunzione di illegittimità).

Ciò che si vuole qui enfatizzare è che la Corte, nei casi di scrutinio stretto, *talvolta prende le mosse dalla ordinaria presunzione di validità* (intesa nel suo significato processuale e non già sostanziale)⁴⁶ e, altre volte, pur senza affermarlo in termini particolarmente chiari e netti, dalla opposta presunzione di illegittimità (come emblematicamente rappresentato dalla sentenza in tema di discriminazione

⁴⁵ In questo senso le sentt. nn. 94/1995 e 14/1999.

⁴⁶ Sul significato sostanziale di tale espressione, v., anche per riferimenti ulteriori, le interessanti osservazioni di V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino, 2013, 20 ss., che evidenzia il passaggio dalla presunzione di validità (postulato del primo giuspositivismo) ad una *non-presunzione* di validità, per effetto della divaricazione concettuale tra esistenza e validità.

sulla base delle condizioni personali, in cui la Corte richiama la possibilità di un *vaglio positivo di ragionevolezza*). Pertanto, a differenza di quello che accade nella giurisprudenza federale statunitense, non vi è corrispondenza tra scrutinio stretto e presunzione di illegittimità; ciò, peraltro, non solo nel significato appena precisato ma anche nella prospettiva opposta: a nostro avviso, infatti, sussistono dei casi in cui la Corte costituzionale prende le mosse da una presunzione di invalidità della norma sottoposta al suo giudizio, senza richiamare la necessità di un particolare, rigoroso controllo. Si ritiene opportuno indicarli sinteticamente, nella speranza di chiarire meglio il nostro punto di vista.

Al termine dell'*excursus*, ipotizzeremo una spiegazione complessiva della categoria delle leggi costituzionalmente sospette (che riteniamo tali sia laddove la Corte affermi di procedere a scrutinio stretto, sia nei casi in cui vi sia direttamente inversione dell'«onere della prova»).

3.2.1. *Un excursus (auspichiamo) chiarificatore in tema di presunzione di illegittimità*

Le categorie, tra loro assai eterogenee, che sembrano particolarmente interessanti – oltre ad alcune già segnalati in dottrina, come le leggi eccezionali⁴⁷, gli automatismi legislativi in generale⁴⁸ ed altre⁴⁹ – sono tre e hanno ad oggetto: A) le leggi che introducono sanzioni penali in misura fissa⁵⁰; B) le leggi riproduttive di altre abrogate mediante referendum popolare; C) leggi che derogano alla retroattività della *lex mitior*.

⁴⁷ F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, cit., 60.

⁴⁸ Si v. l'interessante ricostruzione di L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppodipisa.it*, settembre 2014, 2 ss., il quale cita anche G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012. In generale, sugli automatismi legislativi, v. anche E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI- M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85 ss.; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 209 ss.

⁴⁹ V., ad esempio, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi* [1994], cit., 22, che ipotizza il venir meno (*rectius*, l'erosione) della presunzione favorevole per le norme sui reati di opinione contenute nel c.p.: l'A., tuttavia, rileva come tale ipotesi non abbia trovato conferma nella giurisprudenza costituzionale. A tali casi, potrebbe aggiungersi il già citato «vaglio positivo di ragionevolezza» compiuto dalla Corte costituzionale sulle leggi che derogano alla retroattività della *lex mitior*.

⁵⁰ Devo tale spunto alla lettura di G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 211 s., nel testo e in nota 22.

Sembra opportuno precisare che la presunzione di illegittimità, in riferimento alle citate categorie di leggi, sembra rinvenibile in un numero assai limitato di decisioni della Corte costituzionale [una ciascuna per le prime due tipologie, rispettivamente del 1980 per la categoria *sub A*) e del 2012 per la categoria *sub B*) e due pronunce per quella *sub C*]): è, pertanto, senz'altro prematuro voler attribuire a queste valenza generale. Esse, tuttavia, vengono qui assunte principalmente nella loro *veste paradigmatica* e, per lo più, a fini esplicativi del discorso che si sta tentando di condurre in questa sede. A tali ipotesi verrà aggiunto perché sembrano ad esso estensibili le considerazioni relative alle altre categorie, D) il caso di riproduzione di normativa dichiarata incostituzionale (in violazione, dunque, del c.d. giudicato costituzionale).

3.2.1.1 *Le sanzioni penali fisse*

Quanto alla prima ipotesi, come è noto, le sanzioni penali (come anche le sanzioni amministrative) sono generalmente stabilite in misura non fissa bensì compresa tra un minimo ed un massimo (c.d. cornice o forbice edittale), affinché, al momento dell'irrogazione, l'organo preposto possa tenere conto – mediante l'utilizzo di un potere discrezionale soggetto ad obbligo di motivazione – delle specificità del caso concreto e conseguentemente modulare la risposta sanzionatoria sulla base dell'effettivo disvalore del fatto o delle qualità soggettive del soggetto agente⁵¹.

Nonostante la Costituzione non contenga un'esplicita disciplina sul punto, la dottrina – in specie, quella penalistica – ha evidenziato come il sistema elastico consenta una risposta punitiva maggiormente rispettosa non solo del principio di eguaglianza – trattamento diverso di situazioni tra loro diverse – ma anche della personalità della responsabilità penale⁵². Si tratta di una questione che presenta punti di contatto, nonostante talune diversità, con quella degli automatismi

⁵¹ In materia penale, v. gli artt. 132 e 133 c.p. Per quanto concerne le sanzioni amministrative, v. art. 11 della l. n. 689/1981.

⁵² Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, spec. 345 ss. Un'interessante ricostruzione del tema è contenuta nel recente lavoro di G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 210 ss. Nella dottrina costituzionalistica v. lo scritto di C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 622 ss.

legislativi⁵³ – in specie quelli c.d. sanzionatori – oggetto di attenzione nella più recente dottrina e dei quali non ci si occuperà in questa sede⁵⁴.

Ai nostri fini interessa che, nella sentenza n. 50 del 1980⁵⁵, la Corte ha affermato – con immagine molto efficace – che le pene fisse non sembrano in armonia con *il volto costituzionale della pena* e, sostanzialmente che *la loro giustificazione* (la loro validità) *deve essere valutata su base casistica*. Si tratta di una pronuncia particolarmente significativa in quanto interviene nell’ambito di un ramo dell’ordinamento (quello che si occupa della risposta punitiva dello Stato) in cui l’atteggiamento del Giudice delle leggi (in merito all’*an* e al *quantum* della sanzione) è sempre stato improntato, come già accennato in precedenza, alla più larga deferenza.

La Corte, che già si era occupata, in talune occasioni, del tema della legittimità costituzionale delle pene fisse⁵⁶, si è espressa in questi termini: «il dubbio d’illegittimità costituzionale *potrà essere, caso per caso, superato* a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia *ragionevolmente “proporzionata”* rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato».

Appare evidente la differenza con alcune delle ipotesi prima affrontate: in quei casi la Corte prendeva le mosse dalla legittimità, in via di principio, ad

⁵³ Secondo G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 212, l’incostituzionalità degli automatismi legislativi «riguarda ipotesi dal significato più pregnante. Non si tratta solo di graduabilità della sanzione o, in genere, delle conseguenze giuridiche previste dalla legge, entro determinati limiti potenziali (per esempio il massimo e il minimo di una pena): si tratta della possibilità, che deve essere riconosciuta al giudice, di mettere fuori gioco una regola, tutta quanta – una regola che pur vale nella generalità dei casi prefigurati dal legislatore – quando esistono esigenze particolari di equità che richiedono di metterla da parte».

⁵⁴ V. la dottrina citata *supra*.

⁵⁵ Si trattava della questione di legittimità dell’art. 5 della legge 5 maggio 1976, n. 313, nella parte in cui – sostituendo il terzo comma dell’art. 121 del T.U. delle norme concernenti la disciplina della circolazione stradale, approvato con d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393 – prevedeva la pena, in misura fissa, di lire 800.000 di ammenda e 15 giorni d’arresto per chiunque circolasse con un veicolo che superasse il peso complessivo a pieno carico di oltre 30 quintali.

⁵⁶ V. sentenza n. 67/1963: «se pure è da ammettere che lo strumento meglio idoneo al conseguimento di tale finalità sia la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo, non può invece ritenersi che esso sia il solo, e che quindi la omissione della sua adozione in singoli casi incida sulla validità della legge che incorra in essa (secondo quanto è stato già statuito con la sentenza n. 15 del 1962)». Sulla giurisprudenza costituzionale sul tema (e, più in generale, sulla sanzione penale) fino al 2008, v. anche la ricerca del Servizio Studi della Corte costituzionale *La sanzione penale* (a cura di S. Magnanensi-E. Rispoli), disponibile sul sito dell’organo di giustizia costituzionale, nella sezione *Studi e ricerche*.

esempio, delle leggi-provvedimento e delle leggi retroattive. Nel caso qui riportato, invece, il Giudice delle leggi, pur con formula timida (il “non apparire in armonia” col volto costituzionale del sistema penale), sembra affermare chiaramente che la previsione di una pena fissa sia, in linea di principio *illegittima*, e che sia necessario, di volta in volta, superare questo dubbio (questa presunzione?) di incostituzionalità⁵⁷. In particolare, sarà necessario indagare – anche se la Corte non fornisce indicazioni particolarmente analitiche sul punto – 1) la natura dell’illecito in questione e, soprattutto, 2) la misura della sanzione prevista dal legislatore, e in particolare la *proporzionalità* rispetto ai diversi comportamenti sussumibili sotto l’identica fattispecie astratta. Solo nel rispetto di tali condizioni, dunque, si potrà giungere al rigetto della questione di legittimità costituzionale della disposizione che preveda una sanzione penale in misura fissa.

3.2.1.2. *Il vincolo referendario*

Il c.d. vincolo referendario⁵⁸ – il peculiare valore del risultato positivo del referendum abrogativo, capace di incidere sulla successiva attività legislativa – è stato oggetto di un acceso dibattito dottrinale, contendendosi il campo quanti ne affermavano la natura politica (la cui violazione sarebbe stata sanzionabile al massimo dal Capo dello Stato, previo rinvio della legge, con il decreto di scioglimento anticipato delle Camere)⁵⁹ e quanti ne sostenevano la giustiziabilità, in sede di giudizio di legittimità costituzionale⁶⁰.

⁵⁷ La sentenza in esame è stata successivamente richiamata dalla Corte ma mancano affermazioni così nette (v. ordd. nn. 475/2002 e 91/2008).

⁵⁸ Su cui v., con diversità di prospettive, P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull’eredità di una «storica» sentenza*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 168 ss.; S. FAGA, *Il vincolo referendario. Analisi del rapporto tra il referendum abrogativo e la legge ordinaria*, Tesi di dottorato, 2012; T. F. GIUPPONI, *Il «giudizio di legittimità» del referendum e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, spec. 318 ss.; M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *La formazione delle leggi, Tomo I,2*, Bologna-Roma, 2005, 661 ss.; G. RAZZANO, *L’esito referendario ed il vincolo per il legislatore*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. «Vincoli» alla funzione legislativa*, Milano, 1999, 165 ss.

⁵⁹ Così, ad es., S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino, 2007, 334 s.

⁶⁰ In questo senso già F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, Vol. II, cit., 120: «per non eludere il significato e l’efficacia propria dell’intervento popolare, dovrà ammettersi il controllo di costituzionalità della legge che miri, in seguito al *referendum*, in una forma più o meno esplicita, a

Come è noto, con la sent. n. 199/2012⁶¹, la Corte costituzionale – dopo aver affermato, in diverse occasioni, l’esistenza di un vincolo giuridico di non riproduzione della normativa abrogata mediante referendum, sanzionabile dal Giudice delle leggi, custode dunque della volontà referendaria⁶² – ha proceduto per la prima volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disciplina sostanzialmente riprodotiva di altra precedentemente abrogata dal corpo elettorale⁶³. Si trattava della normativa relativa all’affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riprodotta dal legislatore, nella sostanza, meno di un mese dopo la pubblicazione del decreto del Presidente della Repubblica che dichiarava l’esito referendario. Secondo il Giudice delle leggi, che discorre espressamente di un divieto di ripristino, «un simile vincolo derivante dall’abrogazione referendaria si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l’esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall’art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l’effetto utile, *senza che si sia determinato,*

ripristinare come se nulla fosse accaduto, la situazione antecedente». Un’ampia ricostruzione della dottrina sul tema si trova in G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1997, spec. 67 ss.

⁶¹ Su cui v., tra gli altri, P. CARNEVALE, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2013; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, 66 ss.; ID., *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 settembre 2012; A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell’inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.P.A. in house e alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2012; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199)*, in *Federalismi.it*, 5 dicembre 2012; G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *Consulta Online*, Studi 2012; A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 gennaio 2013; più di recente, P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) “volontà” referendaria*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015.

⁶² Per l’affermazione di principio, si vedano, con sfumature diverse: la sent. nn. 468/1990 (n. 4.3 del *Considerato in diritto*), nella quale si richiama la peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell’ordinamento; 32 e 33/1993 (rispettivamente nn. 5 e 3 del *Considerato in diritto*), in cui si sottolinea che «Nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (sent. 468 del 1990), il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua» e, infine, l’ord. n. 9/1997 (penult. cpv. della motivazione).

⁶³ P. CARNEVALE, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina*, cit., 405 s., la definisce «senza precedenti» ma non «priva di radici».

successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto».

Si tratta di due condizioni (mutamento del quadro politico o delle circostanze di fatto) – ciascuna delle quali di per sé sufficiente – invero assai indeterminate, non essendo agevole stabilirne l'esatto significato. Per quanto concerne la prima, ad esempio, è sufficiente un cambiamento della maggioranza di Governo, nella medesima legislatura, o è comunque necessario un nuovo passaggio elettorale? Né ovviamente (e questo effettivamente sarebbe stato più complesso) la Corte ha potuto delineare, in via generale, in cosa consista il mutamento delle circostanze di fatto.

È appena il caso di sottolineare che, ovviamente, il legislatore conserva il potere di legiferare in materia, ispirandosi a principi diversi⁶⁴ da quelli che reggevano la normativa abrogata dal corpo elettorale. In caso, invece, di legge riproduttiva, è legittimo presumerne l'incostituzionalità, salva dimostrazione dell'esistenza di decisivi mutamenti delle *circostanze di fatto*, ovvero del *quadro politico*.

È chiaro, peraltro, che la forza della presunzione andrà scemando con il trascorrere del tempo, potendosi più facilmente ipotizzare qualche mutamento fattuale o politico quanto più ci si allontani nel tempo dalla decisione del corpo elettorale.

3.2.2.3 *La deroga alla retroattività della lex mitior*

Per un'altra tipologia di leggi, la Corte costituzionale ha espressamente affermato, in due diverse e non remote sentenze, la necessità di un *vaglio positivo di ragionevolezza*. Si tratta di quelle leggi che derogano alla retroattività della legge penale più favorevole al reo (c.d. *lex mitior*).

Come abbiamo già avuto occasione di rammentare, la nostra Legge fondamentale si occupa di successione di leggi penali nel tempo all'art. 25, secondo comma, ove si afferma il fondamentale principio di civiltà giuridica

⁶⁴ Sottolinea questo aspetto, tra gli altri, E. FRONTONI, *Il referendum abrogativo*, in A. CELOTTO-G. PISTORIO (a cura di), *Le nuove "sfide" della democrazia diretta*, Napoli, 2015, 68.

dell'irretroattività della legge penale sfavorevole («Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»)⁶⁵.

Nulla prevede, invece, la nostra Carta costituzionale rispetto alla retroattività della *lex mitior*, che è invece sancita a livello legislativo e segnatamente dall'art. 2 c.p. che, al quarto comma, stabilisce la regola generale dell'applicazione della legge successiva, se più favorevole al reo, con il solo limite costituito dalla sentenza passata in giudicato («irrevocabile», secondo la terminologia codicistica). Il terzo comma del medesimo articolo, nel caso in cui vi sia stata condanna a pena detentiva e la legge successiva preveda esclusivamente la pena pecuniaria, impone l'immediata conversione della prima nella seconda (questo anche laddove sia intervenuto il giudicato)⁶⁶.

Arrivando alla giurisprudenza costituzionale che qui ci interessa, i giudici di Palazzo della Consulta hanno sempre tenuto ferma la posizione – invero condivisibile – secondo cui occorre distinguere tra il principio di irretroattività della norma incriminatrice o comunque della legge penale sfavorevole, che gode di tutela privilegiata ed espressa nell'art. 25 Cost., e il principio di retroattività della legge favorevole, rispetto al quale nulla è positivamente previsto a livello costituzionale.

Tuttavia, il Giudice delle leggi, nelle sue più recenti sentenze (si v., in particolare le nn. 393/2006 e 72/2008), ha valorizzato il riconoscimento del principio della retroattività della *lex mitior* contenuto in fonti sovranazionali e internazionali (persino prima della “svolta” compiuta con le c.d. sentenze gemelle); riconoscimento che – si badi bene – «incide sul tipo di sindacato» che la Corte

⁶⁵ Sul punto v. F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili, Art. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 227 ss.; M. D'AMICO-G. ARCONZO, *Art. 25*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, Vol. I, 526 ss.

⁶⁶ Si tratta di una disposizione introdotta dalla legge n. 85/2006, che ha incontrato il favore della dottrina penalistica giacché «se è vero che il fatto continua a rimanere penalmente illecito, è parimenti vero che la modifica rilevante del trattamento sanzionatorio non può rimanere priva di effetti anche dopo il giudicato. Pena la irragionevolezza della disciplina medesima. Non si riuscirebbe, invero, a giustificare il diverso trattamento penale di chi ha commesso lo stesso fatto prima della modifica del trattamento sanzionatorio previsto dalla relativa fattispecie rispetto a colui che lo commette dopo. Nel momento dell'applicazione è giocoforza prendere atto che la valutazione dell'ordinamento penalistico è nel senso dell'applicazione della pena pecuniaria: che va applicata anche ai fatti commessi prima»; così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII edizione, Bologna, 2014, 106.

deve operare sulla legge che ad esso deroghi⁶⁷. Richiamando il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il TUE (per quanto riguarda le «tradizioni costituzionali comuni») e la Carta di Nizza (allora non ancora dotata di efficacia vincolante), la Corte osserva che «per le leggi in esame la retroattività è la regola», volta a tutelare un interesse al quale è attribuito particolare rilievo dalle fonti richiamate. Da ciò consegue che tale interesse è sacrificabile solo a tutela di interessi di analogo rilievo, «quali – a titolo esemplificativo – quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo»⁶⁸.

Da ciò consegue che la Corte deve procedere – laddove si trovi a valutare le leggi che appartengono a tale categoria – ad un *vaglio positivo di ragionevolezza*.

La questione risulta tuttavia complicata dal fatto che la Corte, in quella occasione, ha contrapposto al vaglio positivo di ragionevolezza non già ad un controllo di «non-irragionevolezza» ma ad un controllo di «non *manifesta* irragionevolezza». Al di là di questa possibile incongruenza, appare evidente, dalle espressioni utilizzate dal giudice costituzionale, che in sede di giudizio di legittimità sarà, di volta in volta, necessario verificare che la deroga al principio della retroattività della *lex mitior* sia costituzionalmente giustificata dalla necessità di tutelare un interesse di pari rango.

3.2.2.4 *La violazione del giudicato costituzionale*

Un discorso analogo dovrebbe valere – anche se non si rinvergono, a quanto consta, indicazioni così nette in tal senso – per le leggi riproduttive *pro futuro* (e, a maggior ragione, per quelle confermate *pro praeterito*) di altre dichiarate costituzionalmente illegittime (in violazione del c.d. *giudicato costituzionale*)⁶⁹: in questo caso, la presunzione di illegittimità dovrebbe essere legata alla precedente

⁶⁷ Così la sent. n. 393/2006, n. 6 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ Corte cost., sent. n. 393/2006, n. 6.3 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹ Su cui v., per tutti, F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002.

decisione di accoglimento della Corte costituzionale, secondo un duplice punto di vista. Da un lato, infatti, il contrasto tra oggetto e parametro è già stato positivamente rilevato dall'organo di garanzia costituzionale; dall'altro, soccorre il necessario rispetto del *dictum* della Corte costituzionale.

Non si ignora, peraltro, che la giurisprudenza costituzionale è stata oscillante nel far valere il limite del giudicato costituzionale nei confronti delle norme riproduttive *pro futuro*, procedendo spesso ad una nuova declaratoria di illegittimità solo previa verifica della lesione del parametro sostanziale già violato e non direttamente dell'art. 136 Cost.⁷⁰, eventualmente utilizzato come argomento ulteriore (scelta indifferente negli effetti, che sono quelli dell'illegittimità costituzionale, non certo nel significato politico, come messo in luce da tempo dalla più autorevole dottrina)⁷¹.

Vero è che la concreta situazione normativa⁷², oggetto del giudizio, può essere cambiata: è pur vero, tuttavia, che la precedente decisione dovrebbe costituire il punto di partenza, eventualmente superabile con adeguata argomentazione. Infatti, come ha chiarito la Corte costituzionale con la recente

⁷⁰ È, come è noto, controverso quale disposizione della Carta costituisca il fondamento dell'intangibilità del giudicato costituzionale: come rilevato da F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 440, «quando la Corte fa valere la forza di un precedente giudicato di accoglimento, essa talora richiama soltanto l'art. 137 comma ult. cost., in altri casi soltanto l'art. 136 comma 1 cost., in altri infine essa fa riferimento ad entrambe le disposizioni, talora integrate anche dall'art. 30 l. n. 87 del 1953»; in senso analogo v. già E. CATELANI, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento* (sent. n. 17/1992), in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, 24, nota 16. Come rileva G. PISTORIO, *La riproduzione di una norma già dichiarata illegittima: un escamotage per eludere il giudicato costituzionale*, in *Giur. it.*, 2004, 1580, nel testo e in nota 16, in altri ordinamenti (quali quello francese, tedesco e spagnolo) esistono invece specifiche disposizioni di rango superprimario che pongono l'obbligo per il legislatore di rispettare le decisioni dell'organo di giustizia costituzionale. A tali esempi *adde* quanto ricordato da P. COSTANZO, *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine di «Giurisprudenza costituzionale» (note sparse su un tema di perdurante attualità)*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, cit., nota 29, in relazione alla Costituzione turca.

⁷¹ V. CRISAFULLI, «Riproduzione» o «conferma» di norme dichiarate incostituzionali, in *Giur. cost.*, 1966, 1112. Di differenza di «colore» discorre A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità. I) Ordinamento italiano*, cit., 16. Il medesimo A. ha fatto riferimento ad un «valore prevalentemente simbolico» della declaratoria *ex art.* 136 Cost. nel caso di legge riproduttiva *pro futuro* (così ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 278).

⁷² L'espressione, come è noto, si deve ad A. SPADARO, *La «norma» – o piuttosto la «situazione normativa» – quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto «dottrinale» che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996, 778 ss.

sentenza n. 169/2015⁷³, una decisione di accoglimento non espropria il Parlamento della potestà legislativa (il *decisum* è infatti collegato a precise circostanze di tempo e di contesto normativo e fattuale).

È stato detto, in generale, che «l'esistenza di un precedente capovolge l'obbligo di motivazione»⁷⁴: ciò dovrebbe valere in termini particolarmente stringenti laddove la decisione precedente abbia colpito, con la scure della incostituzionalità, la medesima disposizione (o norma). Ciò trova conforto in quelle opinioni dottrinali che, per disinnescare le conseguenze della violazione del giudicato costituzionale, ritengono addirittura possibile per i giudici comuni procedere alla disapplicazione della legge riproduttiva⁷⁵. In tale ipotesi, se si accedesse a tale ultima ricostruzione, non pacifica in dottrina⁷⁶, la presunzione di illegittimità, in questo specifico caso, verrebbe in rilievo non solo nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale, ma addirittura prima ed a prescindere da esso (giacché esso sarebbe inutile per effetto dell'avvenuta disapplicazione da parte dei giudici comuni). La possibilità di disapplicare la legge, fuori ovviamente dai casi in cui è espressamente ammessa, deve essere riconosciuta con estrema cautela, perché potenzialmente in contrasto con il principio di certezza del diritto e, ciò che è ancor più grave, con la soggezione dei giudici alla legge e con il sistema di giustizia costituzionale introdotto dal Costituente.

Diversamente opinando, si rischierebbe una diffusa, e spesso non sufficientemente giustificata, *disobbedienza alla legge* (mediante la sua disapplicazione), con la probabilità di pronunciamenti contraddittori da parte dei giudici comuni, a discapito della certezza del diritto.

⁷³ Su cui v. E. FURNO, *La Corte costituzionale impone l'obbligo del rispetto del giudicato costituzionale. Osservazioni a margine di Corte cost. n.169/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 settembre 2015.

⁷⁴ M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, 517 ss., citato da M. CARTABIA, *La motivazione per relationem nelle decisioni della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 275.

⁷⁵ V. la ricostruzione di F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 324 ss., il quale sottolinea «i problemi teorici e pratici che a tale prospettiva si riconnettono».

⁷⁶ Secondo V. CRISAFULLI, «Riproduzione» o «conferma» di norme dichiarate incostituzionali, cit., 1110 s., in caso di riproduzione *pro futuro*, occorrerebbe procedere in ogni caso ad un nuovo accertamento del contrasto tra la disposizione ed i principi costituzionali, ciò che solo la Corte può fare. La posizione crisafulliana è ripresa e sviluppata da M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. it.*, 2009, spec. 784 ss.

3.2.3. *Il fondamento del «sospetto di incostituzionalità»*

Si potrebbe ipotizzare, per cercare di rinvenire un fondamento a quanto emerso dall'analisi sin qui svolta, che *l'esistenza di un sospetto di illegittimità è collegata alla eccezionalità di certe categorie di leggi rispetto alle due grandi linee assiologiche su cui si fonda il moderno Stato costituzionale*: la tutela dei diritti inviolabili e la modalità limitata dell'esercizio del potere pubblico (di cui la separazione dei poteri⁷⁷ è solo una delle declinazioni possibili), secondo la celebre formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino⁷⁸; si tratta di due aspetti peraltro tra loro intimamente connessi, non essendo possibile distinguere nettamente, con specifico riferimento al nostro ordinamento, tra la *Costituzione dei diritti* e la *Costituzione dei poteri*⁷⁹, essendo tra loro reciprocamente collegate, se non altro dal punto di vista funzionale.

Non si può negare, ovviamente, che le categorie di leggi delle quali ci siamo occupati in questo lavoro – quelle che sollecitano uno «scrutinio stretto» e quelle per le quali abbiamo ravvisato una «presunzione di illegittimità – sono tra loro assai eterogenee e presentano caratteristiche profondamente diverse, tali da far dubitare della stessa possibilità di individuare qualche caratteristica comune. Non solo: dobbiamo riconoscere che la conclusione che abbiamo qui prospettato non trova ad oggi conforto nella giurisprudenza costituzionale (e, invero, neanche nella dottrina).

Ciononostante, a chi scrive sembra possibile individuare quale minimo comune denominatore della gran parte di queste leggi – per altri aspetti diverse – proprio *l'eccezionalità rispetto alla logica del costituzionalismo moderno*. Effettivamente, da un lato, le leggi-provvedimento, le leggi di sanatoria, le leggi retroattive, le leggi che si pongono in contrasto con il giudicato costituzionale o con la volontà popolare espressa mediante un referendum abrogativo sono in

⁷⁷ Imprescindibile il riferimento a G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 2 voll., 1979-1984; ID., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.; sul tema v. anche A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991.

⁷⁸ «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

⁷⁹ Secondo la felice formula coniata da M. LUCIANI, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri»*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, Vol. II, 497 ss.

potenziale (ancorché non automatico) contrasto, per motivi diversi, con l'esercizio del *potere limitato* disegnato dalla nostra Legge fondamentale.

Dall'altro lato, le leggi che discriminano sulla base dei fattori previsti dall'art. 3, primo comma, Cost., e leggi che limitano diritti inviolabili sollecitano un più rigoroso controllo per la maggiore probabilità di incisione su valori apicali del nostro ordinamento costituzionale (eguaglianza, nel suo nucleo duro, e diritti fondamentali). Per ciò che attiene, invece, alle leggi che prevedono pene in misura fissa, esse sembrano potenzialmente in contrasto tanto con le regole sull'esercizio del potere, quanto – laddove si preveda una pena detentiva – con quelle sui diritti fondamentali (in particolare, il diritto alla libertà personale). Per quanto riguarda il primo aspetto, infatti, il legislatore, in qualche modo, svolge anche il ruolo del giudice, nel senso che a quest'ultimo è rimessa solo la decisione sull'*an* e non anche sul *quantum* della sanzione.

Più complesso è il discorso per quanto concerne le leggi che derogano alla retroattività della *lex mitior*, l'assurgere delle quali al rango di leggi sospette è fortemente influenzato da fonti sovranazionali. In questo caso, dal punto di vista del diritto costituzionale interno, vengono in gioco i principi del *favor rei* (strettamente connesso alla tutela della libertà personale) e di quello di eguaglianza, trattandosi di derogare ad una regola stabilita in via generale dall'art. 2 c.p.

In realtà in questo caso (come in quello della deroga al criterio territoriale di competenza del giudice amministrativo) il richiamo alla logica del moderno costituzionalismo sembra effettivamente un po' forzato.

Eppure, anche in questi due casi occorre verificare se *argomenti di carattere pragmatico possono giustificare un'eccezione assiologica*, o meglio *l'eccezione ad una "regola" assiologicamente qualificata*.

Rimane fermo, peraltro, come già è stato segnalato, che non in tutti i casi citati la Corte muove da una presunzione di illegittimità, preferendo verificare se sussiste la lesione del parametro prendendo le mosse dalla ordinaria (ancorché tendenzialmente implicita) presunzione di validità. Nei casi in cui, invece, assistiamo all'inversione dell'onere della prova, sembrerebbe invece che il *type*

(mutuando, e forzando ai nostri fini, la terminologia di Peirce)⁸⁰ sia tendenzialmente illegittimo, mentre il singolo *token* possa non esserlo, ricorrendo determinate condizioni che richiedono di essere volta per volta verificate dal Giudice delle leggi.

Per quanto forse pleonastico perché implicito in quanto già osservato, sembra opportuno segnalare che l'esistenza di una presunzione di illegittimità non mette completamente fuori gioco il legislatore. Ci spieghiamo meglio: si tratta, nella generalità dei casi, di una *presunzione relativa*; sono pochi, infatti, i casi in cui i citati principi costituzionali sembrano causare, senza possibilità di appello, l'illegittimità delle leggi derogatorie, come, per esempio, nei casi di discriminazioni fondate sulla razza o di sanzioni penali retroattive. Riconoscere al legislatore la possibilità di dimostrare (argomentare) la legittimità costituzionale delle leggi sospette, dunque, conferisce una possibilità in più al Parlamento: possibilità che, invece, sulla base di una concezione rigorosa (secondo cui determinati principi non tollerano il minimo grado di compressione) sarebbe preclusa. Ed, invece, nella logica della ragionevolezza e del bilanciamento – in cui è quasi sempre esclusa la possibilità di ragionare per assoluti (*aut-aut*) – persino la deroga a principi di pregnante contenuto assiologico può talvolta risultare giustificata.

Merita, inoltre, di essere quantomeno accennata una precisazione: l'esistenza di una presunzione di illegittimità (come dell'opposta presunzione di legittimità), nulla dice sull'intensità della stessa e sulla difficoltà di superarla: vari, infatti possono essere i criteri che vengono in rilievo, quale una prova certa oltre ogni ragionevole dubbio, la prevalenza degli elementi a favore di una tesi oppure una forte evidenza⁸¹. Nel caso, menzionato in precedenza, di riproduzione di normativa abrogata mediante referendum popolare, ad esempio, appare ragionevole affermare

⁸⁰ C. S. PEIRCE, *Prolegomena to an Apology for Pragmaticism*, in *The Monist*, 1906, 505 s. Nella letteratura italiana v. la chiara ricostruzione di G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli, 2012, 238 s., ove leggiamo: «Con riferimento agli atti giuridici, in generale, e agli atti normativi, in particolare, si può designare con il termine “*type*” l'atto in quanto *tipo di atto*, ossia lo *schema generale e astratto* al quale un'istanziamento (o realizzazione) del *type* deve (o può essere ricondotta); con il termine “*token*”, invece, l'atto in quanto *atto individuale*, singola e concreta *istanziamento* (o realizzazione) di un *type*». Nel nostro caso, peraltro, si fa riferimento, probabilmente, ad un *type* teoretico, più che ad un *type* legale; per tale distinzione v. ancora G. D'ALESSANDRO, *loc. ult. cit.*, nota 68.

⁸¹ V., in tal senso, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi* [1994], cit., 10.

una certa facilità di superamento della presunzione di illegittimità, facilità peraltro progressivamente crescente con il passare del tempo (come già visto).

È chiaro, peraltro, che una distinzione di questo tipo richiederebbe una formalizzazione degli standard, dei protocolli di giudizio che è ancora ben lungi dall'essere anche solo accennata nella nostra giurisprudenza costituzionale.

4. Terzo livello: considerazioni critiche e spunti per una futura strutturazione

4.1. Cosa non convince nella giurisprudenza costituzionale

Quanto sin qui argomentato potrebbe aspirare ad una sua utilità pratica se la Corte desse effettivamente seguito alla propria volontà di sottoporre determinate categorie di leggi ad un controllo più esigente: ciò che, invece, come si è visto, spesso non accade.

Occorre, anzitutto, ricordare che per molte ipotesi di «scrutinio rigoroso», come già osservato, la Corte non solo non ha strutturato alcun test di giudizio ma parte dalla affermazione, in via di principio, della piena legittimità delle leggi in questione (il che è difficilmente compatibile con un vero *strict scrutiny*). Anche per i casi in cui si è proceduto ad individuare degli standard del controllo, tuttavia – si pensi alle leggi di attrazione in sussidiarietà, alle leggi che derogano al criterio territoriale di competenza dei TAR, talvolta alle leggi limitative di diritti inviolabili – la stessa Corte è restia a farne poi concreto utilizzo. L'elaborazione di una pluralità di protocolli richiederebbe, al contrario, un'esplicita e conferente motivazione per ciascuno di essi, ogni volta che venga in rilievo una legge appartenente ad una delle più volte citate categorie. Emblematica è anche la circostanza che, nel controllo sulle leggi di avocazione in sussidiarietà – ma tale considerazione è forse estensibile alle altre leggi costituzionalmente sospette – la Corte apparentemente sia propensa a motivare in modo più diffuso quando si tratta di accogliere la questione e, al contrario, in modo più sintetico, quando si tratta di rigettarla (ciò che invece non dovrebbe accadere se si prendesse le mosse da una presunzione di illegittimità; sul punto si ritornerà nel successivo capitolo IV).

L'invocazione di uno scrutinio rigoroso – giacché non sembra produrre significativi effetti pratici – assolve, probabilmente, ad una duplice funzione: una di carattere *lato sensu* monitorio, l'altra di carattere per così dire cautelativo e

legittimante. Quanto alla prima, essa consiste nell'avvisare il legislatore che determinate categorie di leggi corrono un rischio di incostituzionalità più elevato e che, pertanto, il margine di discrezionalità di cui può fare uso è maggiormente limitato rispetto alla generalità dei casi. Ciò sembrerebbe finalizzato a invitare il Parlamento ad un ricorso parco – e comunque previa valutazione dell'esistenza di una *giustificazione costituzionale*⁸² – alle leggi in parola. È appena il caso di segnalare, peraltro, che l'unico monito realmente efficace – al di là delle astratte affermazioni di principio – sarebbe un numero consistente di pronunce di accoglimento su determinate categorie di leggi (ciò che, allo stato attuale, non sembra accadere).

Quanto alla seconda funzione, essa assolve alla necessità di attribuire una struttura argomentativa (apparentemente) fissa, sulla base della quale condurre il controllo su determinate categorie di leggi, nell'ottica di rafforzare la persuasività delle pronunce del giudice costituzionale. Se tale seconda funzione è quella che ha in mente la Corte, non si comprende perché poi essa sia poco incline a farne reale utilizzo (e, dunque, *non prenda sul serio lo scrutinio stretto* e, ciò che è ancor più grave, le proprie affermazioni di principio). Un diverso atteggiamento permetterebbe, in un fecondo dialogo con la dottrina, l'elaborazione di modelli progressivamente più adeguati alle specificità delle singole categorie di leggi “sospette” e renderebbe, come già si è avuto modo di segnalare in precedenza, le decisioni della Corte se non prevedibili *ex ante*, quantomeno maggiormente verificabili *ex post*.

Non solo: adottata un'ideale e costante struttura argomentativa, la stessa Corte sarebbe pur sempre libera – motivando adeguatamente – di non applicarla in singoli casi, che dovessero presentare particolarità tali da renderli irriducibili al “modellino” stabilito. Ciò permetterebbe di non frustrare le esigenze della concreta questione di legittimità (su cui pure la Corte è di volta in volta chiamata a giudicare), facendo salva la necessaria coerenza della giurisprudenza, funzionale al momento della *giustificazione* che, in un regime democratico, ha la stessa

⁸² Sul punto vedi il successivo cap. IV.

importanza della *statuizione* (secondo la felice terminologia habermasiana)⁸³, non essendo ammissibile che la *voluntas* tenga luogo della *ratio*.

Tale discorso dovrebbe essere inserito in uno più ampio, legato alla peculiarità della motivazione delle sentenze della Corte costituzionale rispetto a quelle dei giudici comuni (per i quali, peraltro, essa costituisce obbligo costituzionalmente imposto)⁸⁴: la parte motiva delle decisioni del Giudice delle leggi non assolve, infatti, ad una funzione endoprocessuale, non essendo ammessa alcuna forma di impugnazione ma, come è stato segnalato, ha uno scopo essenzialmente persuasivo, finalizzato ad ottenere il consenso dell'uditorio a cui si rivolge⁸⁵. Ciò è reso palese anche dalle argomentazioni necessariamente retoriche che compaiono nel ragionamento della Corte, come messo in luce da un'acuta dottrina⁸⁶. Anche tali considerazioni dovrebbero militare nel senso di spingere la Corte a «prendere sul serio» il problema dello scrutinio stretto e, più in generale, dei protocolli di giudizio.

4.2 *Pars construens*

Dal quadro sinteticamente tratteggiato, si potrebbe persino sostenere – in modo solo apparentemente paradossale – che la Corte, nel discorrere di uno scrutinio stretto, non si rende conto di come le vie del sindacato siano *strette* non per il legislatore o, più correttamente, per la norma oggetto del controllo, ma per il

⁸³ J. HABERMAS, *L'idea dello stato di diritto*, in ID., *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 2007, 75 s. Tale terminologia è ripresa anche da G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 568. Sembra opportuno precisare che essa viene qui utilizzata solo in quanto particolarmente evocativa e funzionale al discorso che qui si sta conducendo; tale uso, pertanto, non implica accettazione della tesi habermasiana sui rapporti tra diritto e morale, che meriterebbe una discussione che non è possibile in questa sede.

⁸⁴ V. l'art. 111 Cost., che comunque parte della dottrina ritiene applicabile direttamente anche alla Corte. Per quanto concerne il Giudice delle leggi, il riferimento espresso alla motivazione è contenuto nell'art. 18 della l. n. 87/1953. Sul tema v. F. RIGANO, *L'obbligo di motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 276 ss.

⁸⁵ G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 569 s.

⁸⁶ A. SAITTA, *Logica e retorica nelle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, 31: «nel caso delle decisioni degli organi di giustizia costituzionale si interviene nel terreno più ostile alle argomentazioni di tipo logico-formale e la topica giuridica ha la sua più ampia possibilità di affermazione».

suo controllore e, dunque, per la Corte stessa (in una sorte di *eterogenesi del linguaggio*)⁸⁷.

Chi scrive, infatti, è pienamente consapevole dei problemi ai quali va incontro il giudice costituzionale nello svolgere il controllo di legittimità sulle leggi delle quali qui discorre; basti pensare alla difficoltà, in molti casi, di individuare il parametro di riferimento, che è frutto della stessa elaborazione giurisprudenziale (emblematico è il caso delle leggi-provvedimento). Il parametro spesso testualmente non esiste, ma è comunque percepito come esistente e vincolante nei confronti del legislatore, anzi persino più vincolante di altri (perché comporta la necessità di uno *scrutinio stretto*). Si potrebbe addirittura ipotizzare – ma ciò è certamente prematuro – accedendo a suggestioni che provengono dall’esperienza tedesca, una diversa densità delle norme costituzionali, tale da sollecitare gradi diversi di controllo.

Cionondimeno, ad avviso di chi scrive, data l’insoddisfazione largamente diffusa sulle modalità e gli esiti del controllo rigoroso, dinanzi alla Corte si profila un bivio. Più correttamente, per utilizzare una diversa metafora, il Giudice delle leggi si trova a metà di un guado (iniziato quando la terminologia dello *strict scrutiny* fu importata nella nostra esperienza), nel quale rischia di rimanere impantanato, dovendo invece scegliere se andare avanti nella strada intrapresa oppure rinunciare e tornare sulla rassicurante sponda dalla quale aveva preso le mosse. Entrambe le soluzioni costituirebbero un tentativo di combattere l’*insignificanza delle parole*, che registriamo al momento attuale e che consiste nel chiamare *scrutinio stretto* qualche cosa che è spesso qualitativamente indistinguibile dall’ordinario controllo di ragionevolezza (e di legittimità in generale) e che, al massimo, si riesce a distinguere dal suo esatto opposto (scrutinio “largo” o, in modo più appropriato, deferente). Prediligendo la seconda soluzione (tornare alla sponda di partenza), il giudice costituzionale potrebbe rinunciare ad utilizzare l’espressione della quale qui ci stiamo occupando, manifestando la propria impossibilità di svolgere realmente un controllo più penetrante. Ciò probabilmente significherebbe riconoscere la fondatezza della posizione

⁸⁷ Sono debitore, per questo interessante spunto di riflessione, del Prof. Gaetano Azzariti, che lo ha espresso in occasione del *Quarto seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche*.

dell'autorevole dottrina che abbiamo richiamato in apertura del capitolo, che nega la teorica possibilità di uno scrutinio stretto.

L'altro corno dell'alternativa che stiamo qui prospettando – sicuramente più impegnativo e più complesso da perseguire – consisterebbe, per il giudice costituzionale, nel cercare di dare seguito alle (e di prendere sul serio) le proprie affermazioni di principio, come già fanno tutti gli studiosi che si occupano di scrutinio stretto «per il rispetto» – come scrisse Carlo Esposito nella sua ultima nota a sentenza – «che essi debbono alla Corte»⁸⁸. Studiosi che, nella migliore delle ipotesi, restano disorientati rispetto alla difficoltà di attribuire specifica sostanza al *nomen* scrutinio stretto (e, realmente, l'infelice traduzione di «strict» è in questa situazione non certo il primo dei problemi).

Peraltro, l'effettiva introduzione di uno scrutinio stretto, preso sul serio (alla statunitense), per tutte le categorie di leggi sopra menzionate, potrebbe essere sproporzionato rispetto alle concrete esigenze di tutela dei valori fondamentali sopra menzionati. Appare evidente, infatti, che altro è adottare una legge-provvedimento, altro è discriminare sulla base del sesso o della razza. L'irriducibile diversità di tali ipotesi impone di distinguerne la gravità e, di conseguenza, il rigore sulle condizioni di ammissibilità (*rectius*, di legittimità costituzionale). A chi scrive pare, infatti, che ciò che è condivisibile (e di esportabile) vi è nell'esperienza statunitense è che lo scrutinio stretto costituisce una forma di difesa di valori apicali e, segnatamente, del principio di eguaglianza (super-norma su cui si regge senza dubbio il nostro ordinamento) e dei diritti inviolabili (che preesistono alla stessa Costituzione e che essa riconosce e garantisce).

Una forma di scrutinio intermedio, in ogni caso con inversione dell'onere della prova, invece, dovrebbe essere adottata per le leggi-provvedimento, intese nell'accezione più ampia, per le leggi di attrazione in sussidiarietà, per le leggi che derogano al riparto di competenze, fermo restando un ordinario controllo di legittimità per le altre leggi.

⁸⁸ C. ESPOSITO, *Inammissibilità e preclusioni nei giudizi in via d'azione contro atti confermativi*, in *Giur. cost.*, 1964, 30, nota 6. Sul punto v. il bel ricordo e le riflessioni di A. PACE, *L'ultimo monito di Carlo Esposito e le «lezioni» della Corte costituzionale*, in ID. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantésimo anniversario*, Milano, 2006, 707 ss.

Non può non segnalarsi che alcune di queste ultime, inserite in questa categoria residuale, potrebbero – per una pluralità di motivi – necessitare in futuro di livelli di scrutinio maggiormente rigoroso.

5. *Minime conclusioni in tema di scrutinio stretto e presunzione di illegittimità*

Riassumendo, in poche battute, quanto sin qui osservato:

1. Lo scrutinio stretto non è stato ad oggi oggetto di un'organica elaborazione in sede giurisprudenziale, al punto che è difficile individuarne gli elementi strutturali e funzionali;

2. I presupposti di un (presunto) controllo maggiormente rigoroso sono numerosi e tra loro piuttosto eterogenei (si rinvia, sul punto, all'elenco contenuto nel par. 1 del capitolo precedente);

3. Dal punto di vista descrittivo, in numerosi casi lo scrutinio stretto rappresenta *un mero espediente retorico* al quale ricorre la Corte costituzionale, non ravvisandosi alcuna particolarità rispetto all'ordinario controllo di legittimità (di solito *sub specie* di scrutinio di ragionevolezza); in altri casi, invece sembra che ciò significhi esclusivamente che la Corte si ritiene abilitata a censurare, con la scure dell'annullamento, anche l'irragionevolezza "semplice" e non solo quella manifesta;

4. Non è ancora stato elaborato, dunque, un test unico che va sotto il nome di scrutinio stretto; questo perché – effettivamente – le numerose categorie di leggi sottoposte a questo controllo presentano caratteristiche tra loro profondamente diverse e, conseguentemente, pongono problemi diversi;

5. La Corte costituzionale ha, solo in alcune ipotesi, elaborato degli schemi di giudizio specifici tarati su singoli "tipi" di legge;

6. «Scrutinio stretto» e presunzione di illegittimità, diversamente da ciò che ritiene una parte della dottrina che mutua soluzioni proprie dell'ordinamento statunitense, non vanno necessariamente di pari passo: esistono (numerosi casi) di invocazione dello scrutinio stretto senza che la Corte ipotizzi una presunzione di illegittimità e, in modo speculare, casi in cui il Giudice delle leggi non allude allo scrutinio stretto ma sembra comunque muovere da una sorta di inversione dell'onere della prova;

7. Per «presunzione di illegittimità» intendiamo quei casi in cui, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, non si verifica, nei limiti dell'impugnazione, se sussista contrasto tra oggetto e parametro ma, al contrario, se siano riscontrabili le condizioni di validità della norma censurata e, dunque, se essa sia costituzionalmente giustificata;

8. Il fondamento del sospetto – che dia luogo o meno alla presunzione di illegittimità costituzionale – sembra essere collegato, nella generalità (anche se non nella totalità) dei casi alla eccezionalità di alcune categorie di leggi rispetto alla logica del costituzionalismo moderno e, in particolare, ai limiti posti all'esercizio del potere e alla tutela dei diritti inviolabili o, comunque, a regole assiologicamente qualificate.

CAPITOLO IV

LA PRESUNZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE NELLA FORMAZIONE E NEL CONTROLLO DELLE LEGGI

SOMMARIO: 1. *Cenni introduttivi* – 2. *Presunzione di illegittimità e legislatore* – 2.1. *Il coinvolgimento della Commissione Affari costituzionali* – 2.1.1. *La Commissione Affari costituzionali nel Regolamento della Camera dei Deputati* – 2.1.2. *La Commissione Affari costituzionali nel Regolamento del Senato della Repubblica* – 2.1.3. *Il possibile intervento della Commissione Affari costituzionali sulla base del quadro normativo vigente o in una prospettiva di riforma* – 2.2. *La motivazione della legge* – 3. *Presunzione di illegittimità e Presidente della Repubblica* – 4. *Presunzione di illegittimità e giudici comuni* – 5. *Presunzione di illegittimità e Corte costituzionale* – 5.1. *La presunzione di illegittimità e la motivazione delle sentenze* – 5.2. *La presunzione di illegittimità e il momento della decisione.*

1. *Cenni introduttivi*

Qualora si accettasse la nozione di presunzione di illegittimità costituzionale (di cui al precedente “secondo livello”)¹ e si definissero con precisione quali categorie di leggi siano così “marchiate”, si potrebbero ipotizzare le *conseguenze pratiche*, peraltro non limitate al processo costituzionale strettamente inteso, che ne deriverebbero, *tali da riverberarsi sui diversi attori coinvolti*, a vario titolo, *nella produzione degli atti legislativi*, da un lato, e *nel controllo sulla legittimità di essi* (*recte*, delle norme da essi prodotte), dall’altro: Parlamento, Presidente della Repubblica, giudici comuni, Corte costituzionale.

In particolare, si vuole qui ipotizzare che l’appartenenza ad una categoria sospetta possa incidere concretamente sul *procedimento di formazione* dell’atto normativo, richiedendo particolari accorgimenti (quali il coinvolgimento della Commissione affari costituzionali o l’introduzione di qualche forma di

¹ V. *supra*, cap. III.

motivazione), che potrebbero essere tra l'altro sollecitati mediante l'esercizio di poteri già costituzionalmente previsti (eventuale rinvio da parte del Capo dello Stato *ex art. 74 Cost.*).

Quanto alla fase (peraltro successiva ed eventuale) del *controllo di legittimità*, la presunzione di illegittimità sembra poter incidere, in primo luogo, sulla valutazione di «non manifesta infondatezza» da parte del giudice comune; in secondo luogo, essa potrebbe produrre interessanti conseguenze sul processo costituzionale, tanto con riferimento alla motivazione della sentenza del Giudice delle leggi, quanto sul criterio dirimente da utilizzare in caso di perfetta spaccatura in seno al collegio (tale ultima suggestione, peraltro, si muove necessariamente in una prospettiva *de jure condendo*, secondo quanto sarà meglio precisato in seguito).

Sembra opportuno evidenziare, peraltro, che tali conseguenze pratiche sono verosimilmente più suscettibili di verificarsi nella fase del controllo che in quella di formazione; ciò, invero, per una ragione di carattere pratico.

Come segnalato in apertura del secondo capitolo, infatti, nonostante il nostro utilizzo dell'espressione *legge* (legge-provvedimento, legge di interpretazione autentica etc.), nella maggior parte (se non addirittura nella totalità) dei casi si tratta, a ben vedere, di singole norme, e non già di intere leggi, che presentano indici di sospetto. Un esempio su tutti: non è tutto il codice del processo amministrativo ad essere «costituzionalmente sospetto», ma lo sono, eventualmente e singolarmente, quelle norme che attribuiscono la competenza funzionale inderogabile al Tar Lazio o al Tar Lombardia.

Al di là del fatto che il c.p.a., in particolare, è stato adottato attraverso un atto avente forza di legge² e che, dunque, il nostro discorso sulle conseguenze pratiche andrebbe adattato di conseguenza, ciò che interessa sottolineare in questa sede è che, nel corso del procedimento di formazione, le singole norme non “vivono” autonomamente le une dalle altre. Ci spieghiamo meglio: è ben possibile, anzi probabile, che una singola disposizione sia oggetto di specifica discussione all'intero della Commissione permanente o in Assemblea ed è certo (salvo il caso, che spesso si verifica, di articoli “mostruosi” che contengono un numero enorme di

² Decreto legislativo n. 104/2010, adottato in base alla delega di cui alla l. n. 69/2009.

disposizioni)³ che essa sia oggetto di specifica votazione⁴. Tuttavia, nella gran parte dei casi, il procedimento di formazione guarda all'atto legislativo complessivamente considerato: la relazione che accompagna il d.d.l., pur potendo contenere e di norma contenendo riferimenti alle singole disposizioni, "presenta" l'atto nel suo complesso ed è quest'ultimo ad essere, alla fine dell'*iter*, approvato nel suo insieme (con la votazione finale) e trasmesso all'altro ramo del Parlamento, per il seguito del procedimento, oppure al Presidente della Repubblica per la promulgazione⁵. In altri termini: nella fase di formazione è più difficile (quantunque non certo impossibile) isolare la singola norma costituzionalmente sospetta e renderla oggetto di un trattamento particolare. Ciò è particolarmente evidente al momento dell'esercizio dei poteri presidenziali, essendo discussa (e da molti esclusa, come si accennerà) la possibilità di rinvii e promulgazioni "parziali", aventi ad oggetto cioè non l'intero atto normativo ma una o più parti di esso (eventualmente anche una singola disposizione).

Diversamente accade nella fase del controllo sulla legittimità: dinanzi al giudice *a quo* non viene mai in rilievo l'atto normativo globalmente inteso ma la singola o le singole disposizioni applicabili al caso pendente e la cui legittimità è eventualmente in discussione. Allo stesso modo, dinanzi allo scrutinio della Corte costituzionale, giungono singole disposizioni, tanto attraverso la via incidentale, quanto attraverso la via principale; anche in quest'ultimo caso, infatti, il ricorrente deve indicare specificamente le singole disposizioni oggetto della censura⁶, non potendo impugnare l'intero atto legislativo (se non attraverso la censura di tutte le disposizioni che lo compongono). Ciò significa che è più agevole in questa fase, da

³ V. gli esempi citati da M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Nuova edizione ampliata, Roma-Bari, 2010, 3 ss.

⁴ Sulla base dell'obbligo costituzionale di cui all'art. 72 Cost. Anche se, a ben vedere, affinché non si abbia un voto sulla singola disposizione è sufficiente che un articolo ne contenga due (il che accade non di rado).

⁵ Più correttamente: al Governo che lo trasmette al Presidente della Repubblica (la trasmissione, come è noto, avviene mediante un messaggio; cfr. S. M. CICONETTI, *Diritto parlamentare*, II ed., Torino, 2010, 185).

⁶ Infatti, l'art. 34 della legge n. 87/1953 specifica che i ricorsi che promuovono le questioni di legittimità costituzionale in via principale devono contenere «le indicazioni di cui al primo comma dell'art. 23». Tale ultima disposizione prevede che l'atto introduttivo debba indicare: «a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate». A tale riguardo possono essere ricordate quelle sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso in caso di denuncia di plurime ed eterogenee disposizioni (ad es., sent. n. 39/2014) o di un'intera legge (sent. n. 181/2014).

un punto di vista pratico, “maneggiare” in modo diverso le particolari norme delle quali ci stiamo occupando in questo studio.

2. Presunzione di illegittimità e legislatore

2.1. Il coinvolgimento della Commissione affari costituzionali

Come è noto, una prima valutazione di legittimità costituzionale dei d.d.l. che si trovano ad essere esaminati è svolta dalle Camere stesse, talvolta espressamente, talora implicitamente (non essendo ipotizzabile, almeno nella fisiologia del sistema, che il legislatore approvi volontariamente una norma illegittima). Entrambi i rami del Parlamento sono dotati di una apposita commissione permanente⁷, diversamente disciplinata nei rispettivi Regolamenti, che si occupa proprio degli *affari costituzionali*. Prima di procedere con il nostro discorso – ed ipotizzare una prima conseguenza pratica che la presunzione di illegittimità potrebbe produrre nel procedimento di formazione della legge – sembra opportuno ricostruire brevemente il quadro normativo relativo alla citata Commissione, la quale peraltro è stata oggetto di limitata attenzione da parte della dottrina⁸.

2.1.1. La Commissione affari costituzionali nel Regolamento della Camera dei deputati

Alla Camera dei deputati, l'organo del quale ci stiamo occupando è denominato *Commissione affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e*

⁷ Sul tema delle Commissioni parlamentari, per un primo inquadramento, v., quantunque si tratti di lavoro datato, la bella voce di L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 895 ss. Nella dottrina più recente, v. G. F. CIAURRO, *Commissioni parlamentari. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; R. PERNA, *Le Commissioni parlamentari al tempo del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO-N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, 141 ss.; S. TRAVERSA, *Le commissioni parlamentari*, in A.CERRI-P. HÄBERLE-I. M. JARVAD-P. RIDOLA-D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati*, Roma, 2010, 197 ss.; per quanto concerne la più diffusa manualistica in materia, v. S. M. CICCONE, *Diritto parlamentare*, cit., 66 s.; R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2011, 35 ss. (per il ruolo svolto dalle Commissioni nel procedimento legislativo, *ivi*, 128 ss.); L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, II ed., Bologna, 2013, 124 ss.; V. DI CIOLO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano, 2013, 331 ss.

⁸ Sul di essa v. L. D'ANDREA, *La Commissione affari costituzionali*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1992, 141 ss.; F. ZUCCHINI, *La Commissione affari costituzionali: gli effetti paralizzanti del mutamento*, in G. CAPANO-M. GIULIANI (a cura di), *Parlamento e processo legislativo in Italia: continuità e mutamento*, Bologna, 2001, 153 ss.

interni e, a norma dell'art. 22 del Regolamento (d'ora in avanti RC), costituisce la I Commissione permanente.

Sebbene le Commissioni partecipino, in varie forme, alle diverse funzioni proprie dell'organo parlamentare globalmente considerato, in modo sempre più incisivo (al punto che si è segnalato da tempo il passaggio dal modello del «Parlamento in Assemblea» a quello del «Parlamento in Commissione»⁹), ci occuperemo in questa sede esclusivamente del ruolo che viene svolto nell'ambito del procedimento di formazione dell'atto legislativo (tralasciando, dunque, le «competenze non legislative»¹⁰). Lo faremo, peraltro, con specifico riferimento alla funzione consultiva strettamente intesa, in relazione cioè a quei casi in cui la Commissione affari costituzionali rende un parere nell'ambito di un procedimento legislativo che riguarda un atto incardinato presso una diversa Commissione (tale funzione costituisce, come è stato detto, la forma più blanda di intervento)¹¹.

Vi sono naturalmente casi in cui i disegni di legge vengono incardinati direttamente presso la Commissione che qui ci occupa, sulla base della competenza *ratione materiae*; in tali casi – al di là delle dispute dottrinali su cosa siano gli «affari costituzionali» – l'intervento non è limitato esclusivamente all'analisi dei profili di legittimità costituzionale (anche se certamente li comprende). Tra questi casi di intervento “diretto” può rammentarsi, ad esempio, che l'art. 103 prevede (*recte*, prevedeva) l'assegnazione alla Commissione affari costituzionali, in sede referente, dei disegni di legge di approvazione degli Statuti delle regioni ad autonomia ordinaria, o delle relative modificazioni. Tale disposizione, pur formalmente non espunta dal Regolamento della Camera, deve ritenersi implicitamente abrogata per effetto della riforma costituzionale di cui alla l. n. 1/1999, che, modificando profondamente il procedimento di formazione degli Statuti delle regioni ordinarie, ha trasformato tale atto in fonte di provenienza

⁹ Secondo l'espressione di L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1961, 45: «il Parlamento in assemblea è il tipo di organo caratteristico della dinamica costituzionale ottocentesca, mentre il Parlamento in commissione è la figura organizzativa prevalente nello Stato contemporaneo».

¹⁰ Si mutua tale espressione da G. F. CIAURRO, *Commissioni parlamentari*, cit., 9 ss., che distingue tra procedure conoscitive, ispettive e di indirizzo.

¹¹ Così L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., 898.

regionale, secondo il meccanismo delineato dall'attuale art. 123 Cost.¹² Si tratta, probabilmente, di un caso di abrogazione per presupposizione (o abrogazione indiretta), la quale «opera con riguardo alle norme che siano svolgimenti o conseguenze particolari di istituti abrogati, cioè sulle norme che presuppongono istituti soppressi»¹³. A ben vedere, l'istituto in questione non è stato abrogato, ma è stato abrogato e sostituito il suo procedimento di formazione, con effetti sostanzialmente analoghi dall'angolo visuale che a noi interessa. Analoga sorte si ritiene abbia colpito gli articoli successivi, che disciplinano minuziosamente il procedimento da seguire.¹⁴

Giungendo alla funzione consultiva, *stricto sensu* intesa, della Commissione affari costituzionali, è necessario affrontare singolarmente le varie tipologie di procedimento legislativo. Come è noto, si suole distinguere tra: 1) il procedimento legislativo "normale", quello cioè in cui le Commissioni operano in sede c.d. referente, 2) il procedimento decentrato, in cui esse partecipano con ruolo deliberante, sostitutivo dell'Assemblea («sede legislativa» secondo la formula utilizzata dal Regolamento della Camera) e, infine, 3) il procedimento di «esame in sede redigente», che costituisce un'ipotesi intermedia tra le due già citate.

Il ruolo consultivo della Commissione affari costituzionali si atteggia infatti diversamente nelle tre ipotesi.

¹² Su cui v. M. CARLI, *L'autonomia statutaria*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Art. 121, 122, 123, 126. *Supplemento Legge cost.* 22 novembre 1999, n. 1. *Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni*, Bologna-Roma, 2002, 215 ss.; I. CARLOTTO, *Il procedimento di formazione degli Statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2007; G. D'ALESSANDRO, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2008, 45 ss.; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 97 ss.; R. TARCHI-D. BESSI, Art. 123, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. III, spec. 2470 ss.

¹³ A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., 187.

¹⁴ Artt. 104-106 RC. In particolare, si riporta il testo dell'art. 104, relativo ancora al ruolo della Commissione affari costituzionali: «1. La Commissione affari costituzionali si riunisce con l'intervento di un rappresentante del Governo e può stabilire, al fine di acquisire elementi utili per l'esame, l'audizione di una rappresentanza del consiglio regionale. 2. La Commissione riferisce in ogni caso all'Assemblea con relazione scritta nel termine massimo di un mese dall'assegnazione. Scaduto tale termine, il Presidente della Camera iscrive senz'altro il disegno di legge all'ordine del giorno dell'Assemblea. 3. Al termine della discussione sul progetto di statuto o di modifica statutaria, la Commissione formula nella relazione all'assemblea proposta di approvazione o proposta di reiezione. Non sono proponibili emendamenti diretti a modificare le norme statutarie sottoposte ad approvazione né emendamenti o ordini del giorno volti a fissare condizioni o termini all'approvazione stessa. 4. Quando la Commissione proponga la reiezione del progetto di statuto o di modifica statutaria, la relazione per l'Assemblea deve contenere uno schema di ordine del giorno in cui siano esposti i motivi della non approvazione».

Seguendo l'ordine del Regolamento – e principiando dunque dal procedimento sopra indicato *sub*) 1 – l'art. 75, primo comma, RC prevede che la *Commissione affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni, esprime parere sugli aspetti di legittimità costituzionale del progetto di legge*¹⁵, quando ne è richiesta a norma dell'art. 73, comma 1 (ci torneremo *infra*). Essa «può altresì essere chiamata ad esprimere parere sui progetti sotto il profilo delle competenze normative e della legislazione generale dello Stato» (ancora primo comma).

Tali pareri sono allegati alla relazione scritta per l'Assemblea e sono in grado di imporre un *vincolo*, se non sostanziale, quantomeno *procedurale nei confronti della Commissione che procede in sede referente*; essa, infatti, se non intende adeguare il testo del progetto alle eventuali condizioni formulate nel parere, deve indicarne le ragioni nella propria relazione all'Assemblea (secondo comma).

L'art. 73 R.C., a cui, come visto, rinvia l'art. 75 citato, prevede che il Presidente della Camera, se ritiene utile acquisire il parere di una Commissione su un progetto di legge assegnato ad altra Commissione, possa richiederlo prima che si deliberi sul progetto. Peraltro, «[l]a Commissione competente può, previo assenso del Presidente della Camera, chiedere il parere di altra Commissione».

Per quanto attiene al procedimento in sede deliberante, l'art. 93 prevede, per quanto qui interessa, che *i progetti che richiedono un esame per gli aspetti di legittimità costituzionale (non meglio specificati) siano inviati contemporaneamente alla Commissione competente e, per il parere, alla Commissione affari costituzionali*¹⁶. Nel caso in cui la Commissione che procede in sede deliberante non intenda uniformarsi al parere e la Commissione affari costituzionali vi insista, si verifica addirittura una trasformazione del tipo di procedimento legislativo: il d.d.l. è infatti rimesso all'Assemblea.

¹⁵ Per amor di completezza, si segnala che la citata disposizione stabilisce anche che la Commissione lavoro esprime parere sugli aspetti concernenti il pubblico impiego.

¹⁶ Di seguito il testo completo dell'art. 93: «1. Per l'acquisizione dei pareri in sede legislativa si applicano le norme dell'articolo 73.

2. I progetti implicanti maggiori spese o diminuzione di entrate, quelli che richiedono un esame per gli aspetti di legittimità costituzionale nonché per gli aspetti concernenti il pubblico impiego sono inviati contemporaneamente alla Commissione competente e, per il parere, rispettivamente alla Commissione bilancio, alla Commissione affari costituzionali e alla Commissione lavoro».

In relazione, infine, al procedimento in sede redigente, l'art. 96, comma 4, prevede, per quanto qui interessa, che, qualora vi sia stato parere negativo della Commissione affari costituzionali, anche su singole parti o articoli del progetto di legge, «e la Commissione di merito non vi si sia uniformata, il presidente della Commissione che ha dato parere negativo ne fa illustrazione all'Assemblea subito dopo il relatore del progetto di legge, e presenta un apposito ordine del giorno. Su tale ordine del giorno l'Assemblea delibera, sentito un oratore a favore e uno contro per non più di cinque minuti ciascuno, con votazione nominale elettronica. In caso di approvazione, la Commissione di merito riesamina il progetto di legge per uniformarlo al parere della Commissione affari costituzionali e il procedimento in Assemblea ha inizio nella seduta successiva».

Per completare il quadro delle previsioni normative che si riferiscono alla Commissione affari costituzionali, si può rammentare che l'art. 108 – che apre il Capo dedicato al *Seguito delle sentenze della Corte costituzionale* – prevede che le «sentenze»¹⁷ del Giudice delle leggi siano stampate, distribuite e inviate non solo alla Commissione competente per la materia nell'ambito della quale è intervenuta la pronuncia, ma anche alla Commissione della quale qui ci stiamo occupando (comma 1). Entro un termine assai breve (trenta giorni), la Commissione competente è tenuta ad esaminare la questione con l'intervento di un rappresentante del Governo e di uno o più relatori designati dalla Commissione affari costituzionali (comma 2), e ad esprimere, in un documento finale, *il proprio avviso sulla necessità di iniziative legislative*, indicandone i criteri informativi (comma 3).

2.1.2. *La Commissione affari costituzionali nel Regolamento del Senato della Repubblica*

Con riferimento all'altro ramo del Parlamento, spostandoci dunque a Palazzo Madama, la I Commissione permanente, ha una competenza materiale più ampia rispetto all'omologa commissione della Camera, estendendosi quest'ultima infatti agli *affari costituzionali*, agli *affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno*,

¹⁷ Sarebbe interessante verificare se tale sostantivo è frutto di una precisa scelta oppure se si tratta di un termine generico per indicare i provvedimenti collegiali della Corte (e, come tale, comprende anche le ordinanze). È senz'altro meno probabile – ma non per questo da escludere – che un'iniziativa legislativa possa avere origine da un'ordinanza del Giudice delle leggi.

all'*ordinamento generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione* (art. 22 Regolamento del Senato, nel prosieguo "R.S.").

Con riferimento alla funzione consultiva, l'art. 40, secondo comma, RS prevede che siano assegnati a tale Commissione, per un parere obbligatorio (così la rubrica), «i disegni di legge deferiti ad altre Commissioni che presentino aspetti rilevanti in materia costituzionale o che attengano alla organizzazione della pubblica Amministrazione». Il parere negativo della Commissione comporta la rimessione all'Assemblea quando la commissione competente non intenda uniformarsi all'orientamento della Commissione affari costituzionali (espresso in forma scritta: cfr. art. 40, comma 5, RS).

Per quanto attiene alla procedura in sede deliberante, gli emendamenti che presentano aspetti rilevanti in materia costituzionale o che attengano alla organizzazione della P.A. non possono essere votati dalla Commissione permanente se non siano stati inviati per il parere alla I Commissione permanente, che deve renderlo entro otto giorni.

Si segnala, per mera completezza, che la I Commissione permanente, al Senato¹⁸, a differenza di quanto accade alla Camera¹⁹, svolge un controllo, evidentemente di tipo politico²⁰, sulla sussistenza dei presupposti costituzionali per l'emanazione di un decreto-legge (casi straordinari di necessità ed urgenza).

¹⁸ L'art. 78 RS prevede che la Commissione affari costituzionali fornisca alla Commissione competente per materia, entro cinque giorni dal deferimento del d.d.l., il proprio parere sull'esistenza dei requisiti costituzionali di validità del decreto-legge (casi straordinari di necessità ed urgenza, *ex art. 77*, secondo comma, Cost.) o di quelli previsti dalla legislazione vigente (è probabile che la disposizione in esame si riferisca alle disposizioni dettate dall'art. 15 della l. n. 400/1988). Qualora la I Commissione permanente esprima parere contrario per difetto dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, tale parere deve essere immediatamente trasmesso, oltre che alla Commissione competente, al Presidente del Senato, che lo sottopone entro cinque giorni al voto dell'Assemblea. Nello stesso termine il Presidente sottopone il parere della Commissione al voto dell'Assemblea ove ne faccia richiesta, entro il giorno successivo a quello in cui il parere è stato espresso, un decimo dei componenti del Senato. Nella discussione può prendere la parola non più di un rappresentante per ogni Gruppo parlamentare, per non più di dieci minuti ciascuno. Sul parere contrario della I Commissione permanente l'Assemblea si pronunzia con votazione nominale con scrutinio simultaneo. Se l'Assemblea si pronunzia per la non sussistenza dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, il disegno di legge di conversione si intende respinto. Qualora tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse.

¹⁹ L'art. 96-bis RC prevede infatti il coinvolgimento del Comitato per la legislazione di cui all'art. 16-bis.

²⁰ Così F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, cit., 145.

È altresì previsto al Senato, ma in questa sede non interessa, l'intervento consultivo della Commissione in tema di risoluzioni del Parlamento europeo e decisioni adottate dalle Assemblee internazionali; facoltativo è invece l'esame di atti normativi e altri atti UE (*ex art. 144 RS*).

Non è invece prevista, dal Regolamento del Senato, la trasmissione alla Commissione affari costituzionali delle decisioni della Corte costituzionale. L'art. 139 RS, infatti, stabilisce che le sentenze di accoglimento di questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato (e solo esse) vengono comunicate dal Presidente all'Assemblea e sono trasmesse alla Commissione competente. Per le sentenze diverse da quelle citate, il Presidente ha la facoltà di interessare la Commissione competente, quando lo ritenga opportuno.

2.1.3. Il possibile intervento della Commissione affari costituzionali sulla base del quadro normativo vigente o in una prospettiva di riforma

Come visto, i due regolamenti parlamentari disciplinano, in modo leggermente diverso, il ruolo della Commissione affari costituzionali. Al di là delle differenze, tuttavia, coerentemente con il *nomen* che a tale Commissione viene attribuito, è previsto un suo coinvolgimento per quei casi in cui *il disegno di legge* all'attenzione delle Camere *necessiti di essere espressamente valutato in punto di legittimità costituzionale*.

Non vi è dubbio, allora, che è già possibile, sulla base del quadro normativo vigente, attivare la funzione consultiva della Commissione in parola per le leggi che abbiamo definito presuntivamente illegittime. Ciò naturalmente postulerebbe una particolare sensibilità costituzionale, difficile da sviluppare anche alla luce della sostanziale vaghezza della categoria della quale ci stiamo occupando in questo studio.

È probabilmente fantasioso, invece, ipotizzare una riforma regolamentare volta a stabilire un chiaro obbligo in tal senso. In ogni caso, laddove si optasse per questa ultima soluzione, occorrerebbe indicare espressamente le categorie la cui

illegittimità è presunta, secondo la prospettiva adottata nella presente ricerca, tramite, quantomeno, un'elencazione esemplificativa.

È appena il caso di sottolineare che questo aggravamento del procedimento di formazione della legge – *de jure condito* o *de jure condendo* – potrebbe addirittura assumere una portata sostitutiva, in *parte qua*, della motivazione (della quale ci occuperemo nel paragrafo successivo). Ovviamente, “portata sostitutiva” nel limitato senso di capacità di fornire elementi per valutare la “giustificazione” costituzionale invocata dal Parlamento nell’approvare una determinata disciplina (pur non essendo effettivamente il parere imputabile al *plenum*), dunque in un significato minimale ma comunque potenzialmente non insignificante in sede di giudizio di legittimità costituzionale. È appena il caso di rammentare, peraltro, che laddove si modificassero i Regolamenti parlamentari nel senso suggerito – inserendo l’obbligo di richiedere il parere alla I Commissione per leggi presuntivamente illegittime – l’eventuale violazione di tale disciplina non sarebbe, di per sé, censurabile quale vizio formale dinanzi alla Corte costituzionale, avendo quest’ultima escluso che le norme dei regolamenti parlamentari possano integrare il parametro di costituzionalità (secondo lo schema della c.d. norma interposta).

È pur vero, conclusivamente, che il ruolo della Commissione affari costituzionali (quantomeno sotto l’angolo visuale specifico del “controllo di costituzionalità), pur particolarmente interessante, non deve essere oltremodo enfatizzato né impropriamente accostato al lavoro del Giudice costituzionale: non può negarsi, infatti, come è stato autorevolmente affermato, che manca, nel caso della Commissione parlamentare, la «posizione di separazione, cioè di sostanziale indipendenza e neutralità politica, nei confronti delle istituzioni potenzialmente più pericolose per la regolarità costituzionale, quali specificamente sono le istanze politicamente attive»²¹.

2.2. La motivazione della legge

Un’ulteriore possibile conseguenza pratica è che, per le leggi appartenenti ad una delle categorie marchiate da una presunzione di invalidità, potrebbe essere

²¹ Così S. GALEOTTI, *Garanzia costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 508, cit. da L. D’ANDREA, *La Commissione affari costituzionali*, cit., 169, nota 81.

opportuna una *motivazione espressa* (quale ne sia la forma prescelta: preambolo, relazione allegata al testo etc.).

Il tema della motivazione delle leggi, come è noto, è stato da tempo affrontato in dottrina, sia prima²² sia dopo²³ l'avvento della Costituzione repubblicana ed è da qualche anno tornato al centro dell'interesse, come dimostrano alcuni contributi monografici²⁴ ed un convegno di studi dedicato alla questione²⁵.

Il tema della motivazione della legge, peraltro, va probabilmente inserito in quel profondo mutamento culturale che ha portato, secondo un'attenta dottrina, al *passaggio dalla cultura dell'autorità ad una cultura della giustificazione dell'esercizio del potere*²⁶.

La posizione tradizionale esclude che il legislatore sia tenuto a motivare le proprie scelte: essa è storicamente collegata, tra l'altro, ad una serie di matrici ideologiche – tra loro diversissime ma convergenti verso la medesima conclusione – susseguitesì nel tempo, «che vanno dalla definizione del diritto come volontà del sovrano alla definizione della legge come volontà generale, alla concezione secondo cui l'organo legislativo è quello “democratico”, e che tutte si riassumono

²² Si v. già il noto contributo di V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1937, pt. 1, 415.

²³ Tra i molti Autori che si sono occupati del tema, v. G. LOMBARDI, *Motivazione. Diritto costituzionale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, 954 ss.

²⁴ L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, spec. 111 ss.; più di recente, S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011.

²⁵ Gli atti del Convegno, che si è svolto il 3 aprile 2014 a Roma, sono raccolti in A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Milano, 2015.

²⁶ In una cultura dell'autorità, il legislatore è concepito come onnipotente e non deve giustificare le proprie decisioni davanti ad alcuna altra istanza; «in una cultura della giustificazione, di contro, il legislatore è tenuto a sua volta a rispettare un insieme di norme di rango superiore – la costituzione – e può essere chiamato in varie sedi (tipicamente una Corte costituzionale) a rispondere del modo in cui le sue determinazioni si pongono rispetto a quell'insieme di norme gerarchicamente superiori. In questo contesto, il cittadino ha diritto di chiedere ad una istanza terza che le decisioni legislative siano assoggettate a scrutinio alla luce dei diritti conferiti dalla costituzione, così come i vari operatori giuridici hanno il diritto (o a seconda dei casi il dovere) di interpretare, di rimodellare le decisioni legislative in modo da renderle coerenti con i principi costituzionali, indipendentemente da, o anche contro le, intenzioni del legislatore. E, quando il legislatore è chiamato a rispondere davanti ad una istanza terza, non può più appellarsi alla propria autorità o alla forza dei numeri: *deve avanzare argomenti coerenti con il quadro costituzionale, deve mostrare che ha tenuto adeguatamente in considerazione tutti i diritti e gli interessi coinvolti*»: così G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 2014, 627 s. (enfasi aggiunta). Tale riflessione, pur se riferita al momento del controllo, presenta indubbi profili di interesse anche per quanto riguarda il tema della motivazione delle leggi (si v., in particolare, la parte evidenziata in corsivo).

nella più generale ideologia secondo cui il fondamento dell'autorità legislativa sta nella sua "legittimità" e non nella correttezza del procedimento intellettuale attraverso il quale esercita la sua funzione»²⁷.

Non mancano, peraltro, posizioni differenti: tralasciando le tesi di chi si muove in una prospettiva *de iure condendo*, sostenendo l'opportunità dell'introduzione di una motivazione formale, le posizioni della dottrina sul tema – alla luce dell'attuale quadro costituzionale – sono, in estrema sintesi, le seguenti: 1) la già citata tesi classica dell'inesistenza di un obbligo di motivazione²⁸; 2) l'esistenza di un obbligo di motivazione implicito generalizzato²⁹; 3) l'esistenza di un obbligo di motivazione per determinate categorie di leggi³⁰.

In relazione a tale ultima posizione, in particolare, alcuni Autori, come è noto, hanno prospettato la possibilità di individuare un obbligo di motivazione limitato ad alcuni di quei casi in cui, come visto in precedenza, la Corte costituzionale procede ad uno scrutinio stretto di costituzionalità. È nota, al riguardo, la tesi del Mortati (ma non solo) relativa alle leggi-provvedimento³¹, la quale non ha tuttavia avuto fortuna nella prassi applicativa. Più di recente, invece, la dottrina ha evidenziato che una spinta nel senso della introduzione di una qualche forma di motivazione degli atti legislativi è stata prodotta dalla riforma del Titolo V della Parte II Cost.: si fa riferimento, in particolare, 1) alla circostanza che il criterio di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni è stato rovesciato

²⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 69.

²⁸ Si tratta della posizione maggioritaria in dottrina: si rinvia, per riferimenti bibliografici, all'ampia ricostruzione di M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., 1 ss.

²⁹ In questo senso M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., 243 ss., secondo cui «l'obbligo di motivazione [...] si fonda proprio sulla rigidità della nostra Costituzione, ovvero sul fatto che, prima ancora dei vincoli di contenuto derivanti da singole previsioni costituzionali, dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali, la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione [...], costituendo perciò non una regola di singoli casi, ma l'espressione di un principio generale valido in tutte le ipotesi in cui venga esercitata l'attività legislativa, ovvero il criterio che consente di preservare la legalità costituzionale concorrendo a tipizzare l'esercizio del potere» (*ivi*, 249 s.).

³⁰ V., al riguardo, la posizione del Mortati, citata nella nota successiva.

³¹ C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 134 ss., secondo cui «per quelle fra esse [le leggi-provvedimento] per le quali l'attività legislativa sostituisce l'amministrativa non dovrebbero sorgere dubbi circa l'obbligo di far risultare dall'atto i motivi tutte le volte in cui risulti imposto dalle norme riguardanti il tipo di provvedimento adottato, o emerga dai principi generali regolanti il corretto esercizio dell'attività discrezionale della p.a.»; «un obbligo analogo [...] non può non richiedersi anche riguardo a leggi individuali innovative, per consentire una loro più esatta interpretazione ed il miglior espletamento del controllo di costituzionalità».

(e, dunque, il legislatore statale non ha più competenza generale)³² e, ai fini che qui interessano, soprattutto, 2) che lo spostamento dell'esercizio delle funzioni amministrative verso l'alto, mediante una legge, costituisce eccezione rispetto alla regola (attribuzione ai Comuni), che può comportare, come già visto, anche un intervento del legislatore statale in materie di competenza regionale (secondo il meccanismo della sussidiarietà legislativa)³³.

Appare opportuno, tuttavia, distinguere nettamente i casi in cui la motivazione riguarda la base giuridica (il titolo) in forza del quale si agisce (come dovrebbe avvenire in materia di riparto di competenze *ex art. 117 Cost.*) e i casi in cui essa invece si riferisce al contenuto sostanziale di un determinato atto.

Vero è, inoltre, che anche (ma non solo) alla luce della novella costituzionale menzionata, i vincoli all'esercizio della funzione legislativa³⁴ sono tali e tanti da far dubitare fortemente che – non bastasse da sola l'introduzione a suo tempo di una Costituzione rigida³⁵, *id est* superiore³⁶ – la legge sia atto fondamentalmente libero nel fine (considerazione che costituisce l'argomento più forte di quanti sostengono la tesi tradizionale).

L'altro argomento – quantunque, forse, non decisivo – contro l'esistenza di un siffatto obbligo nell'attuale ordinamento repubblicano è costituito dal silenzio

³² Nella prassi, tuttavia, ciò non avviene e si rimette, solitamente, l'esatta individuazione del titolo competenziale al Giudice delle leggi, in sede di controllo di legittimità costituzionale.

³³ N. LUPO, *La "motivazione" delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, in www.consiglio.regione.toscana.it, 12 ss. In tal senso, v. anche G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, cit., 113 ss., il quale ritiene necessaria, più esattamente, una "giustificazione" della legge, relativa alla base normativa del potere esercitato (*ivi*, 117).

³⁴ Su di essi si v. già i contributi raccolti in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. I. "Vincoli" alla funzione legislativa*, cit., ove si distingue tra vincoli interni ed esterni (i quali ultimi si sono arricchiti per effetto delle c.d. sentenze gemelle del 2007, *rectius* per effetto della riforma costituzionale del 2001, che ha modificato l'art. 117, primo comma, Cost., il quale ora prevede, per quanto qui interessa che la potestà legislativa debba essere esercitata, dallo Stato e dalle Regioni, nel rispetto degli obblighi internazionali). Per quanto l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina, per ovvie ragioni, sia principalmente concentrata sul rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è evidente che l'obbligo imposto dal novellato dettato costituzionale riguarda tutti gli obblighi internazionali (sul tema v. GIO. SERGES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in A. DI BIASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, 2014, 187 ss., disponibile all'indirizzo <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/Convenzioni/article/view/138>).

³⁵ Lo nota, tra gli altri, anche F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Torino, 2007, 33.

³⁶ Secondo la lettura che dà della fortunata classificazione proposta da Bryce, A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., che può essere così riassunta: «superiorità giuridica della costituzione e rigidità della stessa sono le due facce della stessa medaglia» (*ivi*, 77).

della Costituzione sul punto³⁷. Si segnala, solo incidentalmente, che, a livello regionale, un obbligo di specifica veste formale per la motivazione delle leggi è stato imposto dall'art. 39, comma 2, dello Statuto della Regione Toscana³⁸.

Vi sono poi le obiezioni di chi ritiene – adottando un approccio consequenzialista al problema – che la motivazione (che avrebbe probabilmente tono «didascalico ed esortativo») produce l'effetto di indebolire l'autorità della legge, «la quale non si affida a sé stessa, ma spera nel convincimento dei destinatari»³⁹; se i cittadini non fossero convinti dalle ragioni addotte, potrebbero ritenersi sciolti dall'osservanza della legge.

Ad avviso di chi scrive, tale ultima posizione, quantunque autorevolmente patrocinata, non appare decisiva: la motivazione, infatti, non dovrebbe servire principalmente a persuadere i destinatari del “comando” legislativo. Questi ultimi, in fondo, secondo la *fictio* democratica⁴⁰ (*absit iniuria verbis*), sono gli stessi autori della legge (espressione della volontà generale⁴¹, secondo la celebre formula dei rivoluzionari francesi, che andrebbe profondamente ripensata nell'ambito di un sistema che prevede una Costituzione rigida). La motivazione risulterebbe utile, invece, in determinati casi, proprio ai fini del controllo di legittimità costituzionale.

Non si vuole qui, tuttavia, prendere una posizione sul tema in termini generali, né ci si vuole riferire a quelle forme embrionali di motivazione degli atti normativi primari del Governo⁴²; sarà sufficiente osservare, sul piano del diritto

³⁷ Nel senso che la mancata previsione costituzionale e la libertà del legislatore nella scelta dei fini costituiscono i due argomenti principali a favore dell'inesistenza di un obbligo generale di motivazione per gli atti legislativi, v. P. CARETTI, *Motivazione. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 5.

³⁸ «Le leggi e i regolamenti sono motivati, nei modi previsti dalla legge». Sul tema, di recente, A. G. ARABIA, *I limiti della motivazione delle leggi regionali. L'esperienza toscana a sei anni dall'introduzione dell'obbligo di motivare gli atti normativi*, in EAD. (a cura di), *Motivare la legge?*, cit., 107 ss.

³⁹ N. IRTI, *Tecnica della legislazione civile e responsabilità della dottrina*, in ID., *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999, 211 s., secondo cui «il legislatore persuasivo rischia così di essere, o di apparire, un *legislatore impotente*».

⁴⁰ Come esaurientemente dimostrato da E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, 2013, il diritto (anche costituzionale) fa ancora oggi – diversamente da quanto si ritiene comunemente – ampio ricorso alle finzioni.

⁴¹ Come tale formula abbia profondamente influenzato la III Repubblica francese è oggetto del celeberrimo lavoro di R. CARRÈ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875* [1931], trad. it. a cura di M. Calamo Specchia, *La legge espressione della volontà generale*, Milano, 2008, 7.

⁴² Sul tema, di recente, C. DEODATO, *Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà*, in A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge?*, cit., 31 ss. Sul problema della motivazione del decreto-legge, v. S.

vivente, che la questione è affiorata in una notissima – per una pluralità di motivi⁴³ – sentenza della Corte costituzionale, la n. 14/1964: il Giudice delle leggi, rilevando che nella ordinanza di rimessione sembrava prospettarsi la necessità di una motivazione dell'atto oggetto del giudizio (la legge di nazionalizzazione della energia elettrica, istitutiva dell'ENEL), quanto alla sussistenza dei fini di utilità generale, di cui all'art. 43 Cost., affermò che «di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto»⁴⁴. Si tratta di una posizione che, sostanzialmente, è rimasta ferma nella giurisprudenza successiva: «la legge regionale, al pari di ogni altro atto avente valore di legge, non esige una motivazione» (sent. n. 390/1989); più di recente la Corte ha avuto modo di sottolineare che l'art. 3 della l. n. 241/1990 non impone un obbligo di motivazione degli atti legislativi, anche se non lo vieta (così la sent. n. 379/2004, relativa allo Statuto della Regione Emilia-Romagna)⁴⁵.

Uno spunto in senso contrario sembra peraltro rinvenibile, come segnalato in dottrina, nella recente, e per altri aspetti controversa⁴⁶, sentenza n. 70 del 2015⁴⁷ (la

BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in *Federalismi.it*, 5 settembre 2007, cui si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici.

⁴³ In quella decisione, infatti, il Giudice delle leggi ha: 1) affermato che il principio posto dall'art. 67 Cost. è volto a garantire esclusivamente la libertà dei parlamentari e che la circostanza che essi abbiano votato a favore di una legge solo per obbedienza al proprio partito non produce effetti quanto alla validità della legge stessa; 2) descritto un test per valutare l'eventuale violazione dell'art. 43 Cost. (in particolare, per quanto riguarda i «fini di utilità generale»); 3) riconosciuto che l'art. 11 Cost. consente di concludere trattati internazionali che comportino limitazioni di sovranità e di darvi esecuzione con legge ordinaria; 4) dato avvio alla prima fase del proprio cammino comunitario (si usa qui, *ante litteram*, la celebre espressione di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.), affermando, sostanzialmente, che il contrasto tra norme interne e norme comunitarie dovesse essere regolato dal criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, senza riconoscere, dunque, il primato delle seconde (per le varie fasi del cammino comunitario, v. A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., spec. 229 ss.).

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 14/1964, n. 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ V. art. 17 dello Statuto regionale.

⁴⁶ Sulla pronuncia v., senza pretesa di completezza, A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015; P. BOZZAO, *L'“adeguatezza retributiva” delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015; D. PORENA, *Sostenibilità, diritti acquisiti ed irretroattività della legge. Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015; G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015; A. STERPA, *Una “lettura*

quale, come è noto, ha prodotto un seguito ordinario ed una proposta di seguito «straordinario e sistemico»⁴⁸. La Corte, infatti, nel dichiarare costituzionalmente illegittimo il blocco dell'adeguamento delle pensioni superiori a tre volte il minimo INPS per gli anni 2012-2013, ha affermato che «la disposizione concernente l'azzeramento del meccanismo perequativo, contenuta nel comma 24 dell'art. 25 del d. l. 201 del 2011, come convertito, si limita a richiamare genericamente la “contingente situazione finanziaria”, senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi». In termini ancor più evocativi, nella parte conclusiva della motivazione, il Giudice costituzionale ha sottolineato che «tale diritto [a una prestazione previdenziale adeguata], costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato *nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio*». Che si tratti del preludio ad una significativa svolta nella giurisprudenza costituzionale o che, come a chi scrive appare probabile, la Corte *magis dixit quam voluit*, potrà essere appurato solo con il tempo.

Preso atto che, sulla base del diritto costituzionale «effettivo e vigente»⁴⁹, un obbligo siffatto non sembra esistere per le leggi formali e impregiudicato il

intergenerazionale” della sent. n. 70 del 2015, in Federalismi.it, 20 maggio 2015; E. MORANDO, La sentenza n. 70 del 2015 sulle pensioni, in Federalismi.it, 20 maggio 2015; S. LIETO, Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015, in Forum di Quaderni costituzionali, 17 maggio 2015; G. NORI, La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: qualche osservazione, in Forum di Quaderni costituzionali, 26 maggio 2015; A. SGROI, La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale, in Consulta Online, Studi, 2015/II, 516 ss.; E. MONTICELLI, Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015, in RivistaAic.it, Osservatorio costituzionale, luglio 2015; M. MOCCHEGIANI, La sentenza 70 del 2015: natura e limiti di ipotesi decisorie alternative, in Forum di Quaderni costituzionali, 17 settembre 2015; A. ANZON DEMMIG, Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario, in RivistaAic.it, Osservatorio costituzionale, settembre 2015.

⁴⁷ Per questa ricostruzione, v. G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 maggio 2015.

⁴⁸ Sul tema sia consentito rinviare a A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico)*, cit., *passim*.

⁴⁹ Quello espresso dalla giurisprudenza costituzionale: così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 21. Un'opinione analoga, come ricorda A. D'ATENA, *Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione*, in F. GIUFFRÈ-I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 395, fu espressa da L. PALADIN, secondo cui «La Corte si pone come l'interprete, per eccellenza, della Costituzione; sicché la sua giurisprudenza non forma un diritto costituzionale parallelo, o una sorta

problema che si arrivi o meno in futuro all'introduzione di una motivazione anche per esse (prendendo a modello, per esempio, quanto avviene per gli atti normativi dell'UE)⁵⁰, non può disconoscersi – riprendendo e sviluppando le intuizioni della dottrina sopra richiamata – non tanto l'esistenza di un obbligo, quanto l'opportunità della introduzione di una motivazione per le leggi che si presumono illegittime, come già suggerito in dottrina in riferimento ai casi di presunta violazione dell'art. 136 della Costituzione⁵¹.

In questi casi, infatti, vi è un *indice sintomatico* della possibile invalidità, ossia di una funzione legislativa svolta al di fuori dei suoi limiti esterni (per chi ricostruisce in questi termini il rapporto tra legge e Costituzione). Per chi invece sostiene la tesi secondo cui la legge costituisce necessario svolgimento e attuazione di principi costituzionali⁵² – basata sulla ordinarietà e ripetibilità della legge, in contrapposizione alla straordinarietà ed irripetibilità del momento costituente – sembra potersi comunque affermare che, se nella generalità dei casi, il legislatore deve poter godere della presunzione di aver svolto correttamente questo compito di attuazione dei principi costituzionali senza necessità che ciò trovi formale giustificazione (dovendo essere provato il contrario), tale regola dovrebbe venir

di costituzione materiale, bensì produce per definizione *il diritto costituzionale vivente*». Lo stesso A. D'ATENA, *op. e loc. cit.*, rammenta anche la celebre affermazione, naturalmente riferita a ben altro contesto ordinamentale, del *Chief Justice* Charles Evans Hughes: «We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is».

⁵⁰ L'art. 296, par. 2, TFUE prevede che tutti gli atti giuridici dell'Unione siano motivati e che debbano fare riferimento alle «proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati». Sul tema v. S. MANGIAMELI, *La motivazione degli atti normativi europei*, in A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge?*, cit., 11 ss.

⁵¹ Per la tesi dell'opportunità della motivazione, nel caso di norme riproduttive di altre dichiarate incostituzionali, v. F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., 317 ss. L'Autore, sottolineato il significato "politico" di una declaratoria di illegittimità ex art. 136 Cost., avanza l'auspicio che «di fronte a casi di "consapevole" riproduzione, il Parlamento renda (almeno) conoscibili le ragioni che lo hanno indotto ad operare il superamento del giudicato» (*ivi*, 318). «Da una parte, infatti, la legge "riproduttiva" rappresenta un caso ove la lesione del principio della rigidità della Costituzione si presenta, fin dall'inizio, se non certo, invero assai probabile: dall'altra, quella stessa legge, analogamente alle leggi di deroga, fonderebbe di fatto la sua legittimità sulla presenza di una condizione, e in particolare sulla circostanza che, per vari motivi, l'assetto normativo (norma oggetto-profilo di incostituzionalità) già dichiarato incostituzionale dalla Corte, abbia subito, per una qualche ragione, delle modifiche tali da rendere non lesiva del giudicato la riproduzione» (*ivi*, 320).

⁵² È la celebre tesi, a cui abbiamo già fatto cenno, di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*. Vol. I. *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 157 ss.; ID., *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, 6 ss.

meno nel caso in cui lo stesso legislatore si sia mosso in modo *prima facie* contrastante con regole assiologicamente qualificate.

Ciò dovrebbe avvenire (principalmente) in vista di un più efficace controllo della Corte costituzionale, la quale, senza dubbio, non si arresterebbe alla motivazione fornita dal legislatore, dovendo invece svolgere una ricostruzione ben più ampia e complessa, della quale, però, proprio la motivazione potrebbe costituire uno degli elementi (non essendo ovviamente la motivazione *sufficiente* e, visto che sino ad oggi non ve ne è stata traccia, a rigore neanche *necessaria* ai fini del giudizio di costituzionalità).

3. Presunzione di illegittimità e Presidente della Repubblica

In assenza di una espressa motivazione, peraltro, una maggiore ponderazione e valutazione di tutti gli elementi di fatto e di diritto nel caso di leggi presuntivamente illegittime potrebbe essere suggerita dal Presidente della Repubblica attraverso il rinvio della legge alle Camere, *ex art. 74* della Costituzione⁵³.

Come è noto, tale disposizione prevede che il Capo dello Stato, prima di promulgare la legge, possa con messaggio motivato chiedere alle Camere una nuova deliberazione. In caso di nuova approvazione, il Presidente è tenuto a procedere alla promulgazione, con sole due eccezioni, non previste nel testo costituzionale ma elaborate da parte della dottrina: il caso di nullità-inesistenza delle legge e l'ipotesi in cui la promulgazione lo esponga a responsabilità per alto tradimento o attentato alla Costituzione *ex art. 90*⁵⁴.

Si sottolinea diffusamente, in dottrina, la difficoltà di delimitare con esattezza le ragioni che possono indurre il Capo dello Stato ad esercitare tale delicato potere⁵⁵ (anche per il silenzio della Costituzione)⁵⁶: l'approvazione di una legge

⁵³ Potere che è stato utilizzato in modo assai parco dai Presidenti della Repubblica: cfr. R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011, 2. Sul tema, nella dottrina più recente, v. P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Milano, 2000; D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, Milano, 2011; O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, 227 ss.; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011.

⁵⁴ V., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 237 ss.

⁵⁵ Per la ricostruzione del dibattito dottrinale sui "motivi" del rinvio, v., oltre alla dottrina citata *supra*, in nota 53, G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Artt. 73-74*, in *Commentario della Costituzione*,

appartenente ad una delle categorie sospette – nel significato sopra precisato – potrebbe, dunque, fornendo un indice idoneo ad indirizzare la discrezionalità del Presidente, costituire occasione per un esercizio costituzionalmente giustificato di tale potere.

Vero è che vi è una qualche tendenza del Capo dello Stato ad esercitare tale potere solo in caso di «manifesta incostituzionalità»⁵⁷, ma è anche vero che proprio l'esistenza di leggi che presentano indici di sospetto potrebbe fornire qualche solido aggancio per un esercizio più ampio di tale prerogativa.

Non si può negare, peraltro, una difficoltà pratica che con ogni probabilità si verificherebbe; ossia il caso in cui una disposizione presuntivamente illegittima sia inserita in un *corpus normativo* più ampio, come di norma accade, secondo quanto già evidenziato nelle parti introduttive del presente capitolo (par. 1).

In questo caso il Presidente della Repubblica si troverebbe a dover decidere se ritardare la promulgazione dell'intera legge, per rinviarla alla Camera per una nuova valutazione sulla disposizione in questione, ovvero procedere comunque all'atto integrativo dell'efficacia, “sopraspedendo” sulla norma presuntivamente illegittima. Non sembra contestabile, infatti, e la prassi in questo senso è assolutamente priva di eccezioni, che nell'attuale ordinamento, nel silenzio della Carta, non siano ammesse forme di rinvio presidenziale parziale (riguardanti, cioè, solo una porzione dell'atto legislativo trasmesso al Capo dello Stato)⁵⁸, come

fondato da G. Branca, *La formazione delle leggi*, Tomo I.1, Bologna-Roma, 1985, 196 ss. e, più di recente, S. PAJNO, *Art. 74*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. II, 1439 ss. Ampi riferimenti dottrinali si trovano anche in S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 244 ss.

⁵⁶ L'art. 74 Cost. non è stato inciso dalla revisione costituzionale in corso di approvazione, se non nella parte in cui si prevede che, qualora il rinvio riguardi la legge di conversione di un decreto legge, il termine per la conversione sia differito di trenta giorni. Come ricorda D. CHINNI, *Interventi diretti e indiretti sulla decretazione d'urgenza nel disegno di legge di revisione costituzionale. Primi appunti*, in *RivistaAic.it*, Osservatorio costituzionale, giugno 2015, 6, si intende dare risposta all'esigenza manifestata in particolare dal Presidente Napolitano, di consentire l'esercizio del potere di rinvio anche in riferimento alle leggi in questione, senza per ciò solo provocare la decadenza dell'atto con forza di legge adottato dal Governo.

⁵⁷ In questi termini si espresse, seppur informalmente, l'allora Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi, come ricorda G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011, 4. Sembra confermare questa tendenza il già accennato scarso utilizzo di tale potere.

⁵⁸ V. I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio*, cit., 111 ss. Sul tema v. inoltre gli interventi pubblicati su *Astrid-online.it*, come risposta a specifici quesiti, da vari costituzionalisti: V. ANGIOLINI, A. CERRI, S. BARTOLE, S. CECCANTI, E. CHELI, C. FUSARO, A. MANZELLA, A. PACE, C. PINELLI, A. RUGGERI, GIO. SERGES, F. SORRENTINO, S. STAMMATI; ad essi *adde* R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 14 ss.

neanche di promulgazione parziale, salva, sino ad un passato assai vicino, l'ipotesi riguardante la Regione siciliana.

4. Presunzione di illegittimità e giudici comuni

Prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale (a pena di inammissibilità), come è noto, il giudice deve verificarne, oltre alla rilevanza⁵⁹, anche *la non manifesta infondatezza* (secondo quanto disposto dall'art. 23, comma 2, l. n. 87/1953). Tale ultimo controllo, si afferma comunemente, assolve a due essenziali funzioni: evitare un inutile carico di lavoro al giudice costituzionale (preservandone l'efficienza operativa) e disinnescare possibili manovre dilatorie nel giudizio principale⁶⁰. Per utilizzare le parole di autorevole dottrina, che non sembrano però più trovare eco nella giurisprudenza costituzionale (alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme, sul quale torneremo tra poco), il filtro del giudice comune dovrebbe essere «ragionevole e leggero, tale da non sottrarre al giudizio della Corte tutte le questioni effettivamente meritevoli di esser valutate»⁶¹.

Per quanto concerne il discorso che stiamo conducendo, si potrebbe sostenere che sarebbe quantomeno inopportuna (anche se non certo illegittima) una dichiarazione di «manifesta infondatezza» da parte del giudice comune che si trovasse a dover fare applicazione di una legge presuntivamente invalida nel corso di un processo. In questi casi apparirebbe preferibile, al contrario, che egli utilizzasse le sue chiavi per aprire il Palazzo della Consulta⁶², per permettere alla questione di legittimità di essere risolta dal suo giudice naturale (che, pur nel segnalato slittamento verso un sindacato accentrato-collaborativo⁶³, rimane la Corte

⁵⁹ Sul tema della rilevanza, v., nell'ampia letteratura, S. VILLARI, *Aspetti della rilevanza della questione di legittimità costituzionale*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1973, 1903 ss.; L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 150 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia*, cit., 214 ss.

⁶⁰ Così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 195.

⁶¹ A. CERRI, *loc. ult. cit.*

⁶² L'immagine è di P. Calamandrei, come ricordato da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2 cit., 263.

⁶³ Secondo la felice definizione di E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. III, 1843 ss.

costituzionale)⁶⁴. Non vi è dubbio, infatti, che l'accertamento della sussistenza delle condizioni di validità (o di non invalidità) della norma presuntivamente illegittima richiede, nella gran parte dei casi, un'operazione di bilanciamento tra principi costituzionali che può essere meglio svolta, quantomeno in prima battuta, dal Giudice costituzionale.

Effettivamente, non appare contestabile che la questione di legittimità di una disposizione che si presume invalida, per i motivi sopra accennati, difficilmente potrebbe apparire «manifestamente infondata», secondo una prospettiva non sconosciuta alla dottrina⁶⁵.

L'opportunità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, peraltro, dovrebbe valere, in termini maggiormente stringenti, per tutti quei giudici che ne avessero occasione prima che sia intervenuta una eventuale pronuncia di rigetto del Giudice delle leggi: ciò non solo per evidenti ragioni pratiche (sarebbe assurdo pretendere l'adozione di un'ordinanza di rimessione da parte di tutti i giudici comuni che avessero la ventura di imbattersi nella disposizione in questione, anche dopo una prima dichiarazione di non fondatezza della Corte), ma anche perché l'eventuale pronuncia costituzionale, se non sufficiente ad attribuire una patente di legittimità alla disposizione (visto che, in questi casi, la Corte si pronuncia sulla *questione* e non anche sulla *legge*)⁶⁶, dovrebbe essere ritenuta idonea, quantomeno,

⁶⁴ Se non si è frainteso il pensiero dell'Autore, questa è anche la posizione di C. PINELLI, *Un'interpretazione costituzionalmente orientata per mascherare il giudizio su una legge provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2014, 3273. L'A., nel commentare la sent. n. 202/2014 – nella quale la Corte ha dichiarato inammissibile, per omesso esperimento dell'interpretazione conforme, una questione sollevata dal Tar Campania – ha affermato: «La Corte ha sempre subordinato l'ammissibilità costituzionale della categoria delle leggi provvedimento alla loro sottoposizione a scrutinio stretto. Una volta ritenuto che una legge o anche una singola disposizione rientri nella categoria è dunque la Corte stessa a doverla interpretare in via esclusiva, con la conseguenza che un'«interpretazione costituzionalmente orientata» non potrebbe investire una legge provvedimento».

⁶⁵ Nel senso che, dinanzi ad una norma identica ad altra già dichiarata incostituzionale, il giudice dovrebbe ritenersi obbligato a sollevare la questione di costituzionalità davanti alla Corte, v. F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., 317 ed ivi il rinvio a R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 516.

⁶⁶ Laddove, nelle sentenze di accoglimento, la Corte si pronuncia *sulla questione e sulla legge*: per tutti, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia*, cit., 152. I due A., in relazione all'impossibilità di una decisione che attesti definitivamente la legittimità costituzionale di una norma, citano anche la sent. n. 50/2006 (*ivi*, 153), in cui si afferma: «nel nostro sistema di garanzie costituzionali non è assolutamente ipotizzabile un giudicato sulla legittimità costituzionale di una norma» (n. 3.3 del *Considerato in diritto*). Tale principio, che nel caso di specie veniva affermato con riferimento ad una decisione della Cassazione – la quale, nella disattesa prospettazione delle parti, aveva già risolto, in senso positivo, il problema della conformità a Costituzione della norma censurata – ha senza dubbio valore generale (e riguarda, pertanto, anche le sentenze di rigetto della Corte costituzionale).

a sdrammatizzare, a depotenziare (se non proprio a sovvertire) la presunzione di illegittimità.

Non si ignora che tale tesi sarebbe stata maggiormente sostenibile laddove il ruolo del giudice comune, nell'ambito del sistema di giustizia costituzionale, fosse rimasto quello avallato dalla prima giurisprudenza costituzionale e maggiormente aderente al dato legislativo⁶⁷, già citato, secondo cui era sufficiente che il dubbio di (in)costituzionalità fosse non assolutamente irrazionale (pretestuoso) ai fini del sollevamento della questione.

Come è noto, infatti, anche per favorire l'afflusso di questioni di costituzionalità, nella prima fase della giurisprudenza costituzionale⁶⁸, si riteneva pacificamente che il giudice dovesse svolgere un filtro piuttosto blando. Come è stato esattamente rilevato, il giudice, per non sollevare l'incidente di costituzionalità, doveva ritenere la norma *manifestamente conforme a Costituzione*⁶⁹.

Come è noto, tale situazione è stata definitivamente superata dalla giurisprudenza costituzionale, a seguito dello "spartiacque"⁷⁰ rappresentato dalla sent. n. 356/1996⁷¹: attualmente il giudice comune – prima di adire la Corte

⁶⁷ Art. 1 della l. cost. n. 1/1948 e art. 23, comma 2, della l. n. 87/1953.

⁶⁸ V., tra le tante, la sent. n. 23/1978, n. 3 del *Considerato in diritto*: «Il requisito indicato dall'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, per cui la questione non dev'essere "manifestamente infondata", non comporta che il giudice stesso sia convinto della fondatezza e non esclude nemmeno che egli rimanga soggettivamente persuaso del contrario; è invece sufficiente che esistano oggettive ragioni di incertezza [...]». Tale decisione rimanda alla sent. n. 161/1977, citata anche da G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 291.

⁶⁹ Per questo rilievo, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, cit., 294. Di «certissima costituzionalità» discorreva F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, cit., Prefazione, IX s. Una ricostruzione critica delle posizioni della più risalente dottrina sul tema della non manifesta infondatezza si trova in F. PIZZETTI-G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972, 80 ss.

⁷⁰ Così E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'età repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 88 s., secondo cui essa segna il passaggio dagli «anni delle prove d'orchestra» all'«epoca attuale». In quella occasione – ricorda l'Autrice – per la prima volta «la possibilità di dare "interpretazioni costituzionali" della legge suggerisce alla Corte costituzionale l'adozione non di una sentenza di rigetto, e cioè di una decisione che invita i giudici a procedere all'interpretazione adeguatrice insieme alla Corte, bensì di una pronuncia di *inammissibilità*, e cioè di una decisione che chiede ai giudici di procedere all'interpretazione adeguatrice *prima*, e preferibilmente *al posto*, della Corte».

⁷¹ Decisione nella quale è contenuta la celebre affermazione secondo cui «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». Rispetto a tale posizione illustre dottrina notò: essa è «Corretta e persuasiva nella prima parte, proprio perché la giurisdizione della Corte non è giurisdizione d'interpretazione non è idonea ad imporre interpretazioni, è erronea (implausibile) nella seconda parte e andrebbe corretta nel senso seguente: "perché è improbabile (difficile) darne interpretazioni costituzionali"» (F.

costituzionale – deve esperire ogni tentativo ermeneutico per superare il dubbio di legittimità costituzionale (c.d. interpretazione conforme)⁷², e dunque deve essere, in fondo, convinto della incostituzionalità. Alla luce di tale impostazione, in cui si chiede ai giudici, sostanzialmente, la “prova” dell’incostituzionalità della legge⁷³, l’ipotesi qui accennata – secondo cui il giudice dovrebbe essere prudente nel dichiarare la «manifesta infondatezza» nel caso di leggi presuntivamente illegittime – appare meno accettabile⁷⁴.

Non si può non segnalare, peraltro, che, come è stato acutamente proposto, l’interpretazione conforme dovrebbe cedere a fronte di compressione di diritti

MODUGNO, *Sulla specificità dell’interpretazione costituzionale*, ora in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 260).

⁷² Sul tema dell’interpretazione conforme, v., *ex multis*, G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell’interpretazione conforme*, cit.; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014; F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell’“interpretazione conforme alla Costituzione”*, in *Diritto e società*, n. 3/2015, 461 ss. Per un caso di uso disinvolto del canone in questione da parte della Corte costituzionale, sia consentito rinviare a A. TURTURRO, *Su di un anacronismo legislativo accertato ma non dichiarato (e superato tramite una interpretazione conforme contra litteram legis)*, in *Giur. cost.*, 2014, 1215 ss.

⁷³ M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, già in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, vol. III e ora in ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 66, nota 119, rileva le analogie con il sistema tedesco dove però, come ricorda lo stesso A., è positivamente previsto che il giudice debba essere convinto della incostituzionalità della norma per sollevare la questione.

⁷⁴ Cfr., per tutti, M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2012, 1: «Il principio disciplinatore dei rapporti tra giudici e Corte – la “non manifesta infondatezza” della questione – prescriveva, nel suo significato originario, che qualora il giudice avesse un minimamente serio dubbio sulla incostituzionalità di una norma “dovesse” sollevare la questione davanti alla Corte. La non manifesta infondatezza non prescriveva, cioè, che il giudice “potesse” sollevare la questione solo quando la questione apparisse non platealmente vacua e cervellotica; ma che il giudice “dovesse” sollevare la questione tutte le volte che, a fronte di un dubbio sulla incostituzionalità di una norma, si convincesse che, per scacciare quel dubbio, fosse necessario un minimo di seria argomentazione [...] La Corte [...] ha trasformato la non manifesta infondatezza in un principio che prescrive che il giudice, qualora abbia un minimamente serio dubbio sulla incostituzionalità di una norma, “non deve” sollevare la questione davanti alla Corte, ma deve, invece, compiere ogni sforzo per attribuire alla disposizione da cui quella norma è tratta un significato non incompatibile con la Costituzione. La non manifesta infondatezza – in questa nuova versione – prescrive che il giudice “deve” sollevare la questione soltanto se, a fronte di un dubbio sulla incostituzionalità di una norma, si convince che nessuna argomentazione riesce ad attribuire al testo, al documento normativo di cui quella norma costituisce un significato, un altro significato non incompatibile con la Costituzione. Dalla “non manifesta infondatezza” si passa così alla “accertata fondatezza”». Tale posizione non è condivisa da G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 294, secondo i quali, più semplicemente, il giudice, di fronte al primo dubbio, dovrebbe cercare di utilizzare i propri poteri interpretativi e, nel caso in cui non riesca a superarlo, sollevare la questione di legittimità: «non si tratta, però, della trasformazione della “non manifesta infondatezza” in “fondatezza”, né, tantomeno, in manifesta fondatezza».

inviolabili⁷⁵: similmente potrebbe dirsi, in generale, delle leggi la cui illegittimità è presunta, per le quali ragioni di certezza del diritto sembrerebbero da preferire rispetto ai pur innegabili vantaggi che presenta un uso prudente e consapevole del canone della interpretazione conforme.

In ogni caso, è pur vero che l'interpretazione adeguatrice può esplicitarsi, secondo la posizione della dottrina maggioritaria⁷⁶ e della stessa Corte costituzionale⁷⁷, laddove vi sia un testo capace di esprimere una pluralità di norme (si tratta del c.d. limite testuale)⁷⁸: nel caso in cui ciò non sia, le osservazioni sopra riportate potrebbero tornare utili. Si pensi, ad esempio, alla recente vicenda dell'esclusione dei cittadini stranieri dal servizio civile, portata all'attenzione della Corte da un'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in un procedimento finalizzato all'enunciazione di un principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363, terzo comma, c. p. c.* (circostanza "processuale" che ha suscitato un giustificato interesse in dottrina)⁷⁹. La questione

⁷⁵ S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, in *Giur. it.*, 2013, 524, secondo cui «Occorre chiedersi se, con riferimento a questi ultimi [i diritti costituzionalmente garantiti], la garanzia offerta da un'interpretazione adeguatrice sia sufficiente o se, al contrario, non serva una tutela più incisiva. Affidare la modulazione interpretativa di una norma indissolubilmente legata al diritto fondamentale della libertà personale all'opera di interpretazione del giudice comune è situazione ben diversa dal dichiarare, una volta per tutte e con valenza *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale della norma in questione. Tale riflessione potrebbe non essere limitata al caso di specie ma, al contrario, avere una forza intrinsecamente generale: se è chiaro che non tutte le norme ordinamentali possono essere sottoposte al controllo di legittimità, risultando quindi fondamentale l'opera di interpretazione adeguatrice, diverso è il caso in cui le norme in questione abbiano ad oggetto un diritto fondamentale. In tale ipotesi, sembra quantomeno doveroso chiedersi se l'interpretazione costituzionalmente orientata, seppur basata su un sentenza costituzionale, sia sufficiente o se, al contrario, trattandosi di valori fondamentali sia necessaria la produzione di quegli effetti che, utilizzando le parole della stessa Corte, "solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre"».

⁷⁶ *Ex multis*, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., *passim*; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesta sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettiva. A cinquant'anni dalla prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 121 ss.; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme"*, in *Federalismi.it*, 2007, par. 5.1.

⁷⁷ Secondo il giudice costituzionale, infatti, «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (sent. n. 78/2012, n. 2.2 del *Considerato in Diritto*; sent. n. 232/2013, n. 3 del *Considerato in diritto*).

⁷⁸ Sul quale v. *infra*, nel testo.

⁷⁹ Sul tema v. R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta Online*, Studi 2015, fasc. II, 352 ss.; M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questione di legittimità costituzionale:*

investiva la disposizione (art. 3 del d. lgs. n. 77/2002) che espressamente prevedeva il possesso della cittadinanza italiana quale requisito per la partecipazione al servizio civile nazionale, censurata dal giudice *a quo*, oltre che per eccesso di delega, anche per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost.

In questo caso – salvo davvero ritenere che i termini non abbiano significato⁸⁰ – non si poteva disinnescare il possibile contrasto con la Costituzione proponendo una nuova norma: la disposizione appariva sufficientemente chiara ed univoca nel suo orizzonte di senso (nonostante il diverso orientamento dei giudici di merito)⁸¹. Ciò che rimaneva da considerare era se l'esclusione degli stranieri dal servizio civile fosse o no conforme a Costituzione: ciò che solo il Giudice delle leggi poteva fare. La questione è stata infatti decisa, nel senso dell'accoglimento, con la sent. n. 119/2015⁸².

È appena il caso di osservare, peraltro, che la nozione di limite testuale, per quanto diffusa, non è pacificamente accolta in dottrina. In primo luogo, vi è stato chi ha sostenuto che non la lettera ma il modo deontico costituisce l'estremo limite dell'interpretazione conforme (una disposizione facoltizzante non può divenire obbligatoria, ad esempio, e viceversa)⁸³. Merita di esser ricordata, inoltre, l'autorevole, e radicale, posizione secondo cui il limite testuale addirittura non esisterebbe, giacché, in una prospettiva realista dell'interpretazione, il significato

tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale", in RivistaAic.it, n. 1/2015.

⁸⁰ E che, dunque, riprendendo un'immagine di M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in *Consulta Online*, 2013, 4 (ora in ID., *Interpretare*, cit., 123 s.), un cavallo possa diventare un albero.

⁸¹ Ricordato da R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questione*, cit., 352.

⁸² Commentata da S. PENASA, *Verso una «cittadinanza costituzionale»? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *RivistaAic.it*, n. 3/2015; A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sentenza cost. n. 119/2015*, in *RivistaAic.it*, n. 4/2015. Sul procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge e sui problemi che pone, v. M. ESPOSITO, *La Consulta schiva l'occasione per dire la sua sull'attività ultragiurisdizionale della Corte di cassazione (a proposito dell'art. 363 c.p.c. in tema di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge)*, in *Giur. cost.*, 2015, 955 ss.

⁸³ A. LONGO, *Alcune riflessioni su tempo, co-testualità ed ermeneutica costituzionale, tra posizioni teoriche e itinerari giurisprudenziali*, in *Giustamm.it*, 6.10.2014, 28 ss. Occorre precisare, tuttavia, che l'Autore citato non ritiene che il modo deontico sia un vallo insormontabile dal punto di vista teorico ma semplicemente che, da un punto di vista empirico, la Corte tenda a superare tale limite con maggiore prudenza: «Questa conclusione, tuttavia, non può che essere parziale considerando quanto la giurisprudenza costituzionale sia effettivamente ondivaga e spesso addirittura casistica» (*ivi*, 31).

non potrebbe che essere individuato a valle e mai a monte dell'operazione ermeneutica⁸⁴.

Chi scrive, invece, ritiene difficilmente controvertibile che le espressioni abbiano comunque, come è stato detto da altro studioso, un orizzonte di senso⁸⁵; che questo orizzonte possa essere difficile da delimitare, che sia mobile, opinabile e controverso e che spetti all'interprete tentare di individuarlo non è argomento sufficiente per negarne addirittura l'esistenza.

Laddove non si volesse accedere alla tesi qui prospettata – per cui i giudici comuni dovrebbero rimettere alla Corte la questione relativa ad una norma presuntivamente illegittima, sino alla prima pronuncia di rigetto – peraltro, si potrebbe ipotizzare che, in tali casi, l'ordinanza con cui, nel processo principale, si dichiara la manifesta infondatezza della questione dovrebbe contenere una motivazione maggiormente pregnante di quanto avviene nella generalità dei casi (in cui già, per espressa disposizione positiva, è necessaria un'*adeguata* motivazione)⁸⁶.

5. Presunzione di illegittimità e Corte costituzionale

5.1. La presunzione di illegittimità e la motivazione delle sentenze

A chi scrive pare che, prendendo effettivamente le mosse dalla presunzione di illegittimità di una determinata legge, la Corte costituzionale sarebbe chiamata a svolgere il suo ruolo di controllo in termini sensibilmente diversi – se non radicalmente opposti – rispetto a quanto attualmente avviene. Abbiamo già osservato, nel capitolo precedente, come vi sono dei casi in cui – pur senza affermarlo espressamente – il Giudice costituzionale sembri muovere il proprio ragionamento da una presunzione sfavorevole rispetto alla norma oggetto del giudizio (è il caso, ad esempio, delle sanzioni penali stabilite in misura fissa, delle norme riproduttive di altre abrogate mediante referendum popolare e di quelle che derogano alla retroattività della *lex mitior*).

⁸⁴ F. MODUGNO, *Al fondo della teoria*, cit., 469 s.

⁸⁵ Secondo la felice espressione utilizzata da M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle norme sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minor sacrificio della libertà personale*, cit., 4 s. (l'indicazione si riferisce alla versione del lavoro pubblicata su *Consulta Online*).

⁸⁶ Art. 24 della legge n. 87/1953.

Occorre anzitutto ribadire, in questa sede, che non si può discorrere, quanto al processo costituzionale introdotto in via incidentale, di un onere della prova inteso come distribuzione dell'attività istruttoria delle parti. Il giudice *a quo* – colui che contesta (o manifesta un dubbio sulla) legittimità della legge – non è parte del giudizio, né è necessario che si costituiscano le parti del processo principale, o che intervenga l'Avvocatura dello Stato⁸⁷ (o la difesa regionale)⁸⁸ a propugnare la legittimità della legge (ben potendo, inoltre, quantomeno teoricamente, la difesa della parte pubblica schierarsi a sostegno dell'invalidità)⁸⁹. Si tratta, come si è già accennato, di un giudizio «senza parti» o «a parti eventuali».

Ciò non toglie, tuttavia, che la Corte, nel giudicare della legittimità di una norma – nella generalità dei casi – verifica se sussistono, nei limiti dell'impugnazione, ragioni per cui essa contrasti con la Costituzione: se queste ragioni non sussistono, ovvero sussiste un dubbio sulla loro esistenza (dubbio che può riguardare, soprattutto nel giudizio di ragionevolezza, anche delle circostanze di fatto), essa dovrebbe astenersi dall'adottare una sentenza di accoglimento, *giocando l'incertezza a favore del legislatore democratico*.

Peraltro, l'esistenza di un dubbio potrebbe sembrare ipotesi di carattere squisitamente soggettivo o psicologico (stato di dubbio dei singoli giudici); in realtà, sembrano sussistere situazioni in cui l'esistenza di un dubbio può essere oggettivamente verificata, come, ad esempio, nelle ipotesi una certa situazione di fatto (necessaria per valutare la costituzionalità di una legge) risulti incerta allo stato delle conoscenze scientifiche o tecnologiche⁹⁰. Vi potrebbero altresì essere

⁸⁷ Al mancato intervento dell'Avvocatura dello Stato viene generalmente attribuito il significato politico di sostanziale disinteresse da parte del Governo nei confronti della legge sottoposta allo scrutinio della Corte; in altri casi, invece, probabilmente si reputa che la difesa della legge sia una «causa persa» (in tal senso G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 316).

⁸⁸ Laddove non vi sia conflitto di interessi con lo Stato, la Regione può scegliere di essere difesa dall'Avvocatura dello Stato, oppure rivolgersi ad un avvocato del libero foro; qualora tale conflitto sussista, invece, all'ente in questione non rimane che la seconda opzione.

⁸⁹ V. E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 119, che ricordano – tra le poche eccezioni alla regola per cui il Presidente del Consiglio dei ministri chiede la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto della questione – quattro casi tra il 1995 e il 1996. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 316. ricordano anche il caso deciso con la sentenza n. 63/1966. È assai controverso in dottrina il significato che l'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri assume nel giudizio di legittimità attivato in via incidentale: per un'efficace sintesi delle varie posizioni, v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 315 s., anche per interessanti riferimenti bibliografici.

⁹⁰ In senso analogo si esprime A. CERRI, nel passo già citato (v. *Introduzione*, nota 19), secondo cui sono molte le questioni non assolutamente certe in diversi settori della vita sociale.

occasioni in cui il dubbio investa non già questioni di carattere fattuale ma logico-argomentativo, essendovi un certo equilibrio, se non addirittura un'assoluta equivalenza, tra argomenti *pro* e *contra* la legittimità della norma oggetto del giudizio costituzionale.

Nel caso di leggi che, invece, si presumono illegittime, la Corte dovrebbe muovere il suo ragionamento dall'assunto opposto, ricadendo sul legislatore (tramite espressa motivazione, lavori preparatori etc.), o direttamente sul Presidente del Consiglio dei Ministri, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, l'onere di "provare" (argomentare) la validità della legge in questione. In mancanza (o qualora le argomentazioni siano ritenute non convincenti), non essendo il giudizio di legittimità costituzionale basato su un riparto degli oneri tra le parti, potrebbe provvedervi la Corte stessa, svolgendo, eventualmente a seguito di apposita istruttoria⁹¹, un ruolo di supplenza nei confronti della motivazione o giustificazione (assente o insufficiente) della disciplina censurata.

Qualora ciò non fosse possibile, si dovrebbe procedere alla declaratoria di incostituzionalità: in questo caso il *dubbio dovrebbe giocare contro il legislatore* (e, dunque, si dovrebbe applicare una opposta *regola di giudizio*).

Nel caso di procedimento in via principale, invece, vero e proprio giudizio tra parti, laddove si decidesse di ricostruire le leggi di attrazione in sussidiarietà legislativa come leggi presuntivamente incostituzionali – ma, come visto sopra, ciò appare problematico, anche se non da escludere – si potrebbe addirittura ipotizzare una vera distribuzione degli oneri probatori (argomentativi) tra Stato e Regioni, potendo, in ipotesi, la Regione ricorrente addirittura – ma è una tesi estrema e che non trova al momento alcun appiglio giurisprudenziale – limitarsi ad impugnare la legge dello Stato, al quale spetterebbe difenderne la legittimità.

⁹¹ Sull'istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale, v. almeno T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; EAD., *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998; G. A. FERRO, *Modelli processuali e istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012. Per il recente tentativo di introdurre ulteriori poteri istruttori della Corte (richiesta di relazione all'Ufficio di parlamentare di bilancio), v. il d.d.l. A. S. 1952 (prima firmataria Lanzillotta), a commento del quale cfr. C. FAVARETTO, *Le conseguenze finanziarie della decisione della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza n. 70/2015*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015 e, se si vuole, A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario*, cit.

Lo stesso sembrava potersi dire per ogni questione di legittimità costituzionale relativa al riparto di competenze legislative, per effetto della riforma del Titolo V⁹²: ciò probabilmente non è più, alla luce di una giurisprudenza che tende a valorizzare il ruolo della Corte, a scapito di quello delle parti.

Uno spunto nel senso della distribuzione degli oneri probatori tra le parti del giudizio in via principale sembra potersi ravvisare in una recente pronuncia, la n. 252/2015, la quale peraltro, da questo punto di vista, non costituisce una “prima volta”. In tale occasione, la Corte era stata adita dalla Regione siciliana che denunciava l’illegittimità costituzionale della normativa statale che disciplina il Fondo di solidarietà comunale, asseritamente contrastante con l’autonomia finanziaria regionale, sia direttamente, sia per effetto del depauperamento dei Comuni presenti nel territorio regionale; il Giudice delle leggi ha risposto con una pronuncia di rigetto, evidenziando come la ricorrente non avesse fornito «la prova dell’incidenza negativa della disposizione impugnata sul bilancio dei suoi Comuni né su quello proprio». Tale prova, infatti, non era stata dedotta «né in termini macroeconomici, cioè di saldi complessivi delle relazioni finanziarie tra Fondo di solidarietà e Comuni siciliani, né in termini di sproporzione tra il gettito IMU versato da singoli enti locali e la quota agli stessi ridistribuita dal Fondo»⁹³.

Più in generale, con riferimento alla motivazione delle sentenze, può ricordarsi che, in un interessante studio dedicato al tema, un’attenta dottrina evidenziava le differenze tra la parte motiva delle decisioni di accoglimento e quella delle sentenze di rigetto e in particolare il diverso sforzo argomentativo profuso dalla Corte costituzionale nei due casi. Sembra incontestabile, in effetti, che nel caso di dichiarazione di illegittimità, «l’annullamento [...] eliminando un atto giuridico voluto dalla maggioranza parlamentare, abbisogna di un’ampia base giustificativa per apparire conseguenza necessaria ed inevitabile del raffronto fra l’atto in giudizio e la Costituzione “vivente”»⁹⁴; da ciò deriva che «ad una prima ed assolutamente approssimativa ricognizione, le sentenze di accoglimento della corte pretendono un impianto motivatorio ben più ampio ed articolato di quanto non

⁹² Abbiamo già citato, nell’introduzione (v. nota 24), la sentenza n. 282/2002 e l’affermazione dottrinale secondo cui, per effetto della riforma del Titolo V del 2001, è venuta meno la generale presunzione di competenza del legislatore statale.

⁹³ *Considerato in diritto*, n. 3.3.

⁹⁴ A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 217.

richiedano quelle di rigetto. Con le prime, infatti, la Corte deve imporre la propria interpretazione della Costituzione su quella (certamente diversa, anzi, contrastante) prevalsa durante l'iter legislativo [...]; con le seconde, la Corte interpreta la Costituzione conformemente al legislatore e, dunque, dovrà affrontare resistenze che si preannunziano comunque minori»⁹⁵.

Appare ragionevole sostenere che – nel caso di leggi che si presumono invalide – la Corte dovrebbe reputarsi chiamata, in modo diametralmente opposto, a motivare in modo più diffuso e persuasivo laddove ritenga di addivenire al rigetto della questione di legittimità costituzionale, essendo invece sufficiente uno sforzo più limitato laddove si orienti nel senso dell'accoglimento.

A titolo esemplificativo può essere ricordata una recente sentenza, già citata, in cui la Corte costituzionale ha censurato la violazione del giudicato costituzionale (sent. n. 169/2015): appare evidente, anche ad una prima lettura, l'asciuttezza delle argomentazioni che hanno condotto il Giudice delle leggi a sanzionare il tentativo del legislatore di prolungare nel tempo l'efficacia di norme già dichiarate illegittime.

Chi scrive, peraltro, è ben consapevole della necessità di uno studio maggiormente approfondito, essendo possibile che questa stringatezza sia legata non alla specifica questione portata all'attenzione della Corte ma ad una più generale tendenza ad un «ritorno alle origini» quanto allo stile delle sentenze costituzionali, che sembra ravvisabile ad una prima, e necessariamente sommaria, verifica empirica.

In ogni caso, ciò che preme segnalare in questa sede è che un maggiore affinamento di tali schemi di giudizio e di argomentazione potrebbe essere non inutile al fine di un'ulteriore valorizzazione e consolidamento dell'autonomia del diritto processuale costituzionale⁹⁶. Inoltre, la formalizzazione di standard o protocolli di valutazione risulterebbe rilevante ai fini della c.d. efficacia esterna della motivazione, in funzione persuasiva dei destinatari della pronuncia (potenzialmente, la generalità dei consociati, oltre che gli altri poteri dello Stato, tra

⁹⁵ A. SAITTA, *op. ult. cit.*, 218.

⁹⁶ Con riferimento, per quanto qui interessa, al giudizio di costituzionalità delle leggi, giacché, come messo in luce da G. ZAGREBESLKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 522 s., difficilmente potrebbe condursi un discorso unitario e generale sul «processo costituzionale».

cui, principalmente anche se non esclusivamente, il legislatore e i giudici comuni)⁹⁷.

5.2. *La presunzione di illegittimità al momento della decisione*

Un'ultima suggestione – riguardante ancora le decisioni della Corte costituzionale – si muove in una prospettiva *de iure condendo*.

Si è fatto riferimento, subito sopra, al tema della motivazione delle sentenze della Corte costituzionale, ma l'esistenza di una presunzione di illegittimità potrebbe rilevare anche in un momento cronologicamente (anche se, forse, non logicamente)⁹⁸ precedente, ossia nel momento in cui – una volta esclusa una decisione di inammissibilità – i giudici costituzionali, riuniti in camera di consiglio, si trovino di fronte alla dilemmatica alternativa tra accoglimento e rigetto della questione di costituzionalità (pur potendosi prospettare, a rigore, una pluralità di soluzioni, per così dire, *intermedie*, tra l'accoglimento secco ed il rigetto)⁹⁹.

È stata messa in luce, da parte di un illustre *ex* Presidente della Corte, la delicatezza delle decisioni prese a maggioranza in un consesso peculiare quale la Corte costituzionale e la necessità di cercare le più ampie convergenze per giungere ad una pronuncia condivisa¹⁰⁰.

Il tema, peraltro, è recentemente tornato al centro dell'attenzione per effetto di una sentenza molto discussa¹⁰¹, la già citata decisione n. 70/2015, che sarebbe

⁹⁷ Sui «destinatari» delle sentenze della Corte costituzionale, v. almeno A. SAITTA, *Logica e retorica*, cit., 117 ss. e 307 ss.

⁹⁸ Potrebbe apparire paradossale, infatti, che la Corte, come invero i giudici in genere (si pensi alla lettura del solo dispositivo in udienza, previsto tanto nel processo penale quanto in taluni casi anche in quello civile), prima decidano e poi motivino la decisione.

⁹⁹ È infatti noto che l'armamentario decisionale – costruito essenzialmente in via pretoria – comprende una serie di strumenti ulteriori rispetto alla secca dicotomia accoglimento-rigetto; per una sintetica elencazione v., *ex multis*, S. M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, cit., 88 ss. Sulle sentenze additive e sostitutive, in particolare, v. C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990.

¹⁰⁰ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, *passim* ma spec. 17 ss., 41 ss., secondo cui addirittura «il voto decidente è l'*extrema ratio*, alla quale si ricorre perché alla fine, se non è stato possibile renderlo superfluo dall'ampio consenso che si sia venuto a formare, occorre pur andare avanti in qualche modo. Ma quando si vota, rimane sempre un senso di amarezza, anche nel caso in cui si sia partecipato alla maggioranza» (*ivi*, 47 s.). S. CASSESE, *Intervento senza titolo*, in P. PASQUINO-B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali (e altre Corti) – How Constitutional courts make decisions*, Milano, 2009, 114, ricorda che la discussione in Parlamento, in principio, serve per contarsi, nelle Corti costituzionali per convincersi.

¹⁰¹ Per riferimenti bibliografici, v. *supra*.

stata adottata a strettissima maggioranza (con lo scarto di un solo voto)¹⁰²; ciò ha, tra l'altro, fornito l'occasione per ipotizzare una riforma nel senso della introduzione della maggioranza qualificata dei due terzi dei giudici per la dichiarazione di illegittimità costituzionale¹⁰³, soluzione che – sia detto qui incidentalmente – nonostante l'autorevolezza dello studioso che la ha proposta, non appare auspicabile, perché eccessivamente sbilanciata a vantaggio della *legge* (e, in maniera corrispondente, a svantaggio della *Carta costituzionale*). Ciò infatti permetterebbe ad una minoranza del collegio di esercitare un significativo potere di veto nei confronti della maggioranza: che la forza del numero¹⁰⁴ sia il peggior criterio decisionale, si può condividere, purché si facciano salve tutte le alternative ipotizzate sinora (parafrasando il celebre aforisma sulla democrazia, la cui paternità viene erroneamente attribuita a Winston Churchill)¹⁰⁵.

¹⁰² L'uso del condizionale appare necessario dato il segreto che, ufficialmente, circonda la camera di consiglio della Corte costituzionale, almeno sino a quando non verrà accolta la proposta, da molti ventilata ma densa di profili problematici, della introduzione della *dissenting opinion*: sul tema, v. la dottrina citata al cap. I. Al momento l'unico indice che, ufficialmente, può lasciar presumere l'individuazione (quantomeno in negativo) dell'*opinione* di un giudice su una vicenda è il caso in cui il relatore venga sostituito per la redazione della sentenza, v. i dati, ovviamente aggiornati alla data di pubblicazione dell'opera, forniti da E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 82 ss. Di recente, si v. il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevato dal Governo contro la sentenza della Corte di Cassazione che aveva negato il carattere di "atto politico" alla decisione di non aprire le trattative con l'UAAAR (Unione atei agnostici-razionalisti) al fine dell'eventuale stipula di un'intesa ex art. 8 Cost. In tale occasione il giudice incaricato della relazione, Giorgio Lattanzi, è stato sostituito, come espressamente segnalato nell'epigrafe della sentenza, dal giudice Nicolò Zanon (sent. n. 52/2016). Tale sostituzione, peraltro, non è necessariamente indice di un dissenso, potendo essere disposta per altre ragioni (come, al contrario, «la coincidenza relatore-redattore non è indice di consenso»). Per la prima volta, con la sentenza n. 393 del 2006 (della quale già abbiamo avuto modo di occuparci nel capitolo precedente), la Corte volle mettere espressamente in evidenza l'avvenuta sostituzione del giudice originariamente designato; ciò venne interpretato, all'epoca, come possibile indizio di una successiva introduzione dell'istituto del *dissent* in via pretoria, ad oggi non ancora avvenuta (cfr. A. RUGGERI, *La Consulta e il dissent ostentato (nota minima a Corte Cost. n. 393/2006)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 novembre 2006).

¹⁰³ A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015, 4. Sembra opportuno precisare che il chiaro A. pone la questione in forma dubitativa o forse provocatoria. In seno al Comitato per lo studio delle questioni istituzionali, istituito presso il Senato nel 1982, una analoga proposta fu avanzata dal sen. Branca: cfr. L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. I, 316.

¹⁰⁴ Sul principio maggioritario, imprescindibile il riferimento a E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976 [ed. or. 1927]. Più di recente, sul tema, v. F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007.

¹⁰⁵ «Democracy is the worst form of Government except for all those other forms that have been tried from time to time». Tali parole furono effettivamente pronunciate dallo statista britannico in una seduta della Camera dei Comuni (quella dell'11 novembre 1947) ma, leggendo più attentamente, si nota che l'affermazione è preceduta da «It has been said» («è stato detto»). Pertanto, è più corretto dire che Churchill non ha ideato questo aforisma, ma lo ha semplicemente reso famoso.

Come è noto, allo stato attuale, è previsto che, in caso di parità nella votazione in camera di consiglio, il voto del Presidente risulti decisivo¹⁰⁶, facendo pendere la bilancia dalla propria parte¹⁰⁷, sia che, al momento di votare per ultimo¹⁰⁸, la situazione sia di parità (in caso di collegio al completo, sette a sette), sia che, invece, vi sia lo scarto di un voto tra le due opzioni e il Presidente si schieri dalla parte sino ad allora minoritaria (in questo caso, il suo voto assume, di fatto, *un valore doppio*, o comunque superiore rispetto a quello degli altri giudici). Tale disposizione è stata sottoposta a critica dalla dottrina più risalente, in quanto capace di alterare la *par condicio* dei membri del collegio, suscitando persino dubbi di legittimità costituzionale¹⁰⁹. Non risultano, peraltro, allo stato attuale, ipotesi di riforma di questo criterio di decisione.

Nell'analizzare le possibili alternative volte comunque a consentire che la Corte addivenga ad una decisione in caso di parità, si è evidenziata, in dottrina, la possibilità di presumere la legittimità della legge (*favor legis*) o, al contrario, l'illegittimità della stessa (*favor constitutionis*)¹¹⁰: gli stessi Autori che hanno paventato tali opzioni, tuttavia, hanno avvertito che si tratta di «formule entrambe inapplicabili nel loro astratto rigore»¹¹¹. Il primo dei due corni dell'alternativa

¹⁰⁶ Per una panoramica, al contempo, completa e sintetica dei poteri del Presidente, v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, cit., 142 ss.

¹⁰⁷ Art. 16, comma 3, l. n. 87/1953 e art. 17, comma 3, delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*. Tale regola non vale nel c.d. processo penale costituzionale, in cui vige il diverso principio del *favor rei* (v. art. 28, comma 2, l. n. 20/1962).

¹⁰⁸ Secondo quanto previsto dall'art. 17, comma 3, delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*: «Il relatore vota per primo; votano poi gli altri giudici, cominciando dal meno anziano per nomina; per ultimo vota il Presidente».

¹⁰⁹ Posizioni critiche sul «valore doppio» del voto del Presidente della Corte sono state espresse da T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale* [1981], ora in ID., *Opere*, Tomo II. *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano, 2000, spec. 781 ss. e già da G. D'ORAZIO, *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Milano, 1966, 337 ss. Di recente si è occupato del tema anche G. PEPE, *La primazia negli organi collegiali pubblici*, Napoli, 2014, 194 ss. Più in generale, sul Presidente della Corte, v. G. CERRINA FERONI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1994, 667 ss.; G. AZZARITI, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 182 ss.; M. SICLARI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in A. ANZON-G. AZZARITI-M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, 2004, 159 ss.

¹¹⁰ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 56. La proposta era già stata avanzata da T. MARTINES, *Il Presidente della Corte*, cit., 784 s.

¹¹¹ A. RUGGERI-A. SPADARO, *loc. ult cit.* T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale*, cit., 784, prospetta, al riguardo, oltre alla già citata predeterminazione legale del risultato della votazione nel senso dell'accoglimento o del rigetto, le seguenti due soluzioni, delle quali pure vede i limiti: considerare la proposta soggetta a votazione come non approvata o reiterare la votazione sino al raggiungimento della maggioranza dei votanti. In particolare, per quanto concerne la prima, l'A.

costituisce, come è noto, una regola non sconosciuta ad altri ordinamenti: per quanto riguarda le decisioni del *Bundesverfassungsgericht*, ad esempio, è previsto che, in caso di parità, la norma oggetto del giudizio non possa essere dichiarata incostituzionale¹¹².

Giacché chi scrive condivide l'impostazione secondo cui non esistono ragioni decisive per imporre, come regola priva di eccezioni, il *favor legis* o il *favor constitutionis*, si potrebbe ipotizzare di distinguere, in un rapporto di regola-eccezione, tra generalità delle leggi (in cui la situazione di parità imporrebbe il *rigetto della questione di costituzionalità*) e leggi marchiate da presunzione di illegittimità (per cui dovrebbe valere l'esito opposto, ossia l'*accoglimento*).

Si tratta, come è evidente, di una ipotesi che andrebbe meglio elaborata, non fosse altro per la difficoltà di codificare una simile regola (e, dunque, procedere ad elencare i casi in cui una legge sia presuntivamente illegittima).

È pur vero che, se vi fosse la volontà, ciò sarebbe pur sempre possibile, sia pure utilizzando espressioni inevitabilmente connotate da una certa genericità.

osserva che oggetto della deliberazione non è una «proposta» ma la risoluzione di una questione di legittimità costituzionale; con riferimento alla seconda, si rileva il rischio di stallo nel caso in cui nessuno dei giudici sia disposto a modificare il proprio orientamento. Ciononostante, Martines riteneva preferibile corre il rischio da ultimo evidenziato piuttosto che continuare a mantenere in vigore la norma che assume valore dirimente al voto del Presidente, «la cui illegittimità costituzionale appare sufficientemente dimostrata e richiedere che sia proprio la Corte costituzionale ad applicarla» (*ivi*, 786).

¹¹² «Bei Stimmgleichheit kann ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden» (art. 15, quarto comma, ult. periodo, Bundesverfassungsgerichtsgesetz-BVerfGG). Di «rigetto per presunzione di costituzionalità» parla S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta «opinione dissenziente»*, in *Quaderni costituzionali*, 2009 e ora in ID., *Dentro la Corte*, cit., 280; in senso analogo, già G. D'ORAZIO, *Aspetti dello status*, cit., 345.

BIBLIOGRAFIA

- B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, 98 *Harvard Law Review* 713 (1985)
- M. ACONE-R. SANTULLI, *Competenza. II) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Nuova edizione ampliata, Roma-Bari, 2010
- A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958
- V. ANDRIOLI, *Prova (Diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Torino, 1967
- L. ANTONINI, *Nella «Torre di Babele» della giurisprudenza costituzionale sulle leggi di interpretazione autentica: un caso particolare in materia elettorale*, in *Le Regioni*, 1997
- L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 aprile 2015
- A. ANZON, *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in EAD. (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001
- A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d.
- A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015
- A. ANZON DEMMIG, *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 maggio 2015
- A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *RivistaAic.it*, Osservatorio costituzionale, settembre 2015
- A. G. ARABIA, *I limiti della motivazione delle leggi regionali. L'esperienza toscana a sei anni dall'introduzione dell'obbligo di motivare gli atti normativi*, in EAD. (a

- cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Milano, 2015
- G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, Vol. I
- M. ASCHERI, *Momenti di controllo "costituzionale" medievali e d'antico regime*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008
- C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, Roma, 2012
- G. AZZARITI, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996
- A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974
- A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- A. BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991
- A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, Tomo I
- A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975
- A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015
- B. BARBISAN, *L'invenzione della Marbury v. Madison*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006
- B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008
- P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- R. E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty* [2004], Princeton, Revised edition, 2014

- V. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999
- S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988
- S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d.
- S. BEDI, *Collapsing Suspect Class with Suspect Classification: Why Strict Scrutiny Is Too Strict and Maybe Not Strict Enough*, 47 *Georgia Law Review* 301 (2013)
- D. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi provvedimento: variabilità della soluzione ed "evanescenza" dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011
- C. BERGONZINI, *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015
- D. E. BERSTEIN, *The Conservative Origins of Strict Scrutiny*, 19 *George Mason Law Review* 861 (2012)
- E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*, Padova, 1960
- A. BHAGWAT, *The Test That Ate Everything: Intermediate Scrutiny In First Amendment Jurisprudence*, *University of Illinois Law Review* 783 (2007)
- P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000
- P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. I
- A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* [1962], II ed., 1986
- F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, 2012
- R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988
- R. BIN, *All'ombra della "La Pergola". L'impugnazione in via principale delle leggi contrarie a norme comunitarie*, in *Le Regioni*, 1995
- R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015

- R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 gennaio 2016
- R. BIN-G.PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009
- F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007
- S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in *Federalismi.it*, 5 settembre 2007
- S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008
- G. BOGNETTI, *Per il bicentenario del «Federalista»*, in *Giur. cost.*, 1986 e in *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, a cura di M. Iacometti, Milano, 2015
- G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994
- C. BOLOGNA, *Advice and consent nell'evoluzione del federalismo americano*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002
- C. BOLOGNA, *Corte Suprema e same-sex marriage: opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?*, in *Quaderni costituzionali*, 2015
- P. BOZZAO, *L'«adeguatezza retributiva» delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015
- M. BRANCA, *Il punto sui «controlimiti»*, in *Giur. cost.*, 2014
- F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili, Art. 24-26*, Bologna-Roma, 1981
- L. BRILMAYER, *Carolene, Conflicts, and the Fate of Insider-Outsider*, 134 *University of Pennsylvania Law Review* 1291 (1986)
- G. BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2002
- J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. Pace, Milano, 1998

- V. CAIANIELLO, *Il 2° comma dell'art. 125, sub Art. 125*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Le regioni, le province, i comuni*. Tomo II, Art. 121-127, Bologna-Roma, 1990
- R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti del diritto n. 1/2016
- F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1901
- F. S. CANTELLA, *Leggi di sanatoria e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999
- R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2012
- R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 2014
- M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968
- M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, 58 *California Law Review* 1017 (1970)
- P. CARETTI, *Motivazione. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990
- P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011
- M. CARLI, *L'autonomia statutaria*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Art. 121, 122, 123, 126. *Supplemento Legge cost. 22 novembre 1999, n. 1. Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni*, Bologna-Roma, 2002
- I. CARLOTTO, *Il procedimento di formazione degli Statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2007
- P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002
- P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una «storica» sentenza*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo*

- costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006
- P. CARNEVALE, *Indirizzi di salute*, in C. COLAPIETRO-A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2013
- P. CARNEVALE, *Il vizio di «evidente mancanza» dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007
- P. CARNEVALE, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2013
- P. CARNEVALE, *A Corte... Così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *RivistaAic.it*, n. 4/2014
- P. CARNEVALE-A. CELOTTO, *La regolazione dei «rapporti sorti sulla base dei decreti-legge non convertiti» nella giurisprudenza costituzionale. Prime considerazioni*, in *Diritto e Società*, 2000
- P. CARNEVALE-G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2014
- R. CARRÈ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875 [1931]*, trad. it. a cura di M. Calamo Specchia, *La legge espressione della volontà generale*, Milano, 2008
- M. CARTABIA, *La motivazione per relationem nelle decisioni della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994
- M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutasi a Palazzo della Consulta, dal 24 al 26 ottobre 2013, disponibile all'indirizzo http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf

- S. CARTER, *The Confirmation Mess*, 101 *Harvard Law Review* 1185 (1988)
- S. CASSESE, *Intervento senza titolo*, in P. PASQUINO-B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali (e altre Corti) – How Constitutional courts make decisions*, Milano, 2009
- S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta «opinione dissenziente»*, in *Quaderni costituzionali*, 2009 e ora in ID., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015
- S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in ID., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015
- E. CATELANI, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento (sent. n. 17/1992)*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993
- E. CAVASINO-G. SCALA-G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013
- A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria: «schemi» di giudizio di uno scrutinio «particolarmente» rigoroso*, in *Giur. cost.*, 1999
- A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Torino 2000
- A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 2003
- A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006
- A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA. VV., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo III – Jurisdicción y Control Constitucional*, consultabile su <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2557/11.pdf>
- A. CELOTTO-F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, II ed., Torino, 2015

- A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978
- A. CERRI, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo, limiti del giudicato costituzionale - Riflessioni a proposito della caduta del vincolo alberghiero*, in *Le Regioni*, 1981
- A. CERRI, *Impeachment*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991
- A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità. I) Ordinamento italiano*, in *Enc. giuridica*, Roma, 1991
- A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994
- A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994
- A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994
- A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1999
- A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 2005
- A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007
- A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, 2008
- A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, III ed. profondamente rinnovata, Torino, 2011
- A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012
- G. CERRINA FERONI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1994
- V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (Diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004
- V. CERULLI IRELLI, *Sul principio «territoriale» della competenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Giur. cost.*, 2014
- E. CHELI, *Principio generale di eguaglianza e gradazione degli interessi nell'ambito familiare*, in *Giur. cost.*, 1966

- O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010
- O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014
- G. CHIARA, *Il controllo successivo delle leggi regionali si estende anche alla Regione siciliana: un overruling forzato, ma felice*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 febbraio 2015
- D. CHINNI, *Interventi diretti e indiretti sulla decretazione d'urgenza nel disegno di legge di revisione costituzionale. Primi appunti*, in *RivistaAic.it*, Osservatorio costituzionale, giugno 2015
- G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, rist. inalterata, Napoli, 1965
- P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015
- A. CHIUSOLO, *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la "giuristocrazia"?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 luglio 2015
- A. CIAMPI, *La dichiarazione di incostituzionalità delle leggi di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite e di adattamento alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2015
- G. F. CIAURRO, *Commissioni parlamentari. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino, 2007
- S. M. CICCONE, *Diritto parlamentare*, II ed., Torino, 2010
- S.M. CICCONE, *Lezioni di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014
- I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 maggio 2015
- I. CIOLLI, *La riforma del Titolo V e i conflitti di fronte alla Corte costituzionale*, in *Gruppodipisa.it*
- R. L. CLINTON, *Eakin v. Raub: Refutation or Justification of Marbury v. Madison*, 4 *Constitutional Commentary* 81 (1987)

- R. L. CLINTON, *Precedent as mythology: a Reinterpretation of Marbury v. Madison*, 35 *American Journal of Jurisprudence* 55 (1990)
- F. COCOZZA, *Un salomonico equilibrio tra “giusta misura” e “decisione” nella sentenza n. 10/2015. La Corte costituzionale “vestale” dei conti pubblici tra i guasti del funambolismo finanziario ed il miraggio di politiche pro-concorrenziali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 aprile 2016
- G. COINU, *Semplificazione amministrativa e “zone a burocrazia zero”: quando il troppo stroppia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d.
- E. COKE, *Reports*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna, 1962
- N. COLACINO, *La tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili tra obblighi internazionali e Stato di diritto*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti del diritto n. 1/2016
- C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990
- C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996
- C. COLAPIETRO-M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Napoli, 2014
- B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost.*, 2014
- P. COSTANZO, *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine di «Giurisprudenza costituzionale» (note sparse su un tema di perdurante attualità)*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006
- V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1937, pt. 1
- V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962
- V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964
- V. CRISAFULLI, *«Riproduzione» o «conferma» di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1966

- V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2. *L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, V ed., Padova, 1984
- V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. a cura di F. Crisafulli, Padova, 1993
- E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI- M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014
- R. CULVERHOUSE-C. LEWIS, *Homosexuality as a Suspect Class*, 34 *South Texas Law Review* 205 (1993)
- G. D'ALESSANDRO, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2008
- G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli, 2012
- A. A. D'ALIA-G. DELLA MONICA, *Competenza. III) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000
- M. D'AMBROSIO, *L'anacronismo legislativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006
- G. D'AMICO, *Dal primo Statuto all'ultimo Commissario. Variazioni sul tema dell'impugnazione delle leggi siciliane (nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 255 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 maggio 2015
- M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015
- M. D'AMICO-G. ARCONZO, *Art. 25*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, Vol. I
- L. D'ANDREA, *La Commissione affari costituzionali*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1992
- G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013
- A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d.

- A. D'ATENA, *Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione*, in F. GIUFFRÈ-I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008
- A. D'ATENA, *Diritto regionale*, II ed., Torino, 2013
- A. D'ATENA, *Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015
- G. D'ORAZIO, *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Milano, 1966
- F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001
- F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002
- E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage*, 16:1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 97 (2013)
- F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale accresce la competenza territoriale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice dell'emergenza?*, in *Dir. proc. amm.*, 2008
- P. DE LISE, *La giurisprudenza costituzionale sulla competenza funzionale del T.A.R. del Lazio*, in *Giur. cost.*, 2014
- M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012
- M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 settembre 2012
- C. DEODATO, *Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà*, in A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Milano, 2015
- V. DI CIOLO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano, 2013
- R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2011
- R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199)*, in *Federalismi.it*, 5 dicembre 2012

- R. DICKMANN, *Il “Diritto al giudice” di cui all’art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Federalismi.it*, 19 novembre 2014
- R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione”*, in *Federalismi.it*, 25 febbraio 2015
- G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012
- M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2012
- E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974
- G. DOLSO, *Bilanciamento tra principi e strict scrutiny nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991
- L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960
- L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1961
- L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. I
- J. W. ELLIS, *On the «Usefulness» of Suspect Classifications*, 3 *Constitutional Commentary* 375 (1986)
- C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954
- C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963
- C. ESPOSITO, *Inammissibilità e preclusioni nei giudizi in via d’azione contro atti confermativi*, in *Giur. cost.*, 1964
- M. ESPOSITO, *La Consulta schiva l’occasione per dire la sua sull’attività ultragiurisdizionale della Corte di cassazione (a proposito dell’art. 363 c.p.c. in tema di enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge)*, in *Giur. cost.*, 2015

- K. R. EYER, *Constitutional Crossroads and the Canon of Rational Basis Review*, 48 *University of California Davis Law Review* 527 (2014)
- L. FABIANO, *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei giudici*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza e legittimazione*, Torino, 2011
- S. FAGA, *Il vincolo referendario. Analisi del rapporto tra il referendum abrogativo e la legge ordinaria*, Tesi di dottorato, 2012
- G. FALCON, *Le Corti costituzionali e i loro giudici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 maggio, 2011
- R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 *UCLA Law Review* 1267 (2007)
- P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Milano, 2000
- P. FARAGUNA, *La giurisprudenza della Corte Suprema Usa in materia di reverse discrimination*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013
- P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2014
- P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015
- R. C. FARRELL, *Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term Through Romer v. Evans*, 32 *Indiana Law Review* 357 (1999)
- C. FAVARETTO, *Le conseguenze finanziarie della decisione della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza n. 70/2015*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015
- G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, vol. II
- G. F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger (1969-1986)*, in *Giur. cost.*, 1987
- G. F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2001
- V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, II ed., Madrid, 2012
- G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1997

- G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *Consulta Online*, Studi 2012
- G. A. FERRO, *Modelli processuali e istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012
- G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII edizione, Bologna, 2014
- G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia [1774]*, in P. COMANDUCCI, *L'illuminismo giuridico: antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1978
- M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, II ed., Torino, 1995
- L. FISHER, *American Constitutional Law*, VI ed., Durham (North Carolina), 2005
- G. FONTANA, *Legge provvedimento regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalità: un'occasione mancata*, in *Giur. cost.*, 2014
- A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento (in margine alla innovativa sent. n. 143 del 1989 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1989
- B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: the Road to Judicial Supremacy*, 73 *New York University Law Review* 333 (1998)
- E. FRONTONI, *Il referendum abrogativo*, in A. CELOTTO-G. PISTORIO (a cura di), *Le nuove "sfide" della democrazia diretta*, Napoli, 2015
- F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992
- E. FURNO, *La Corte costituzionale impone l'obbligo del rispetto del giudicato costituzionale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 169/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 settembre 2015
- F. GABRIELE-A. M. NICO, *Osservazioni "a prima lettura" sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del "togliere ai ricchi per dare ai poveri" alla legittimità del "chi ha avuto, ha avuto, ha avuto...scordiamoci il passato"*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015

- S. GALEOTTI, *Garanzia costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969
- F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007
- D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, Milano, 2011
- F. GALLO, *Introduzione*, in C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente* [1979], Napoli, 2014
- A. GARDINO CARLI, *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi*, Milano, 1988
- A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, 1997
- A. GARDINO CARLI, *Corte costituzionale e leggi interpretative tra un controverso passato ed un imprevedibile futuro*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001
- L. GENINATTI SATÈ, *L'irrisolta questione della retroattività delle sentenze d'illegittimità costituzionale (osservazione a Corte cost., sent. 11 febbraio 2015, n. 10)*, in *Giur. cost.*, 2015
- L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, II ed., Bologna, 2013
- A. GIORDANO, *I procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA. VV., *I procedimenti possessori*, opera diretta da A. Carratta, Bologna, 2015
- R. GIORDANO, *La motivazione della sentenza e l'istituto del dissenso nella pratica della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950
- F. GIRELLI, *La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti del diritto n. 1/2016
- F. GIUFFRÈ, *Verso la fine della giustizia costituzionale "alla siciliana" (commento all'ordinanza della Corte costituzionale n. 114 del 7 maggio 2014)*, in *Federalismi.it*, 14 maggio 2014
- F. GIUFFRÈ-I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008
- T. F. GIUPPONI, *Il «giudizio di legittimità» del referendum e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi*

- sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007
- M. GNES, *La competenza giurisdizionale sui provvedimenti adottati durante l'emergenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007
- M. GORLANI, *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 maggio 2002
- S. E. GOTTLIEB, *Tears for Tiers on the Rehnquist Court*, 4 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 350 (2002)
- L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 novembre 2014
- J. L. GREENBLATT, *Putting The Government to the (Heightened, Intermediate, or Strict) Scrutiny Test: Disparate Application Shows Not All Rights and Powers Are Created Equal*, 10 *Florida Coastal Law Review* 421 (2009)
- T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997
- T. GROPPI, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998
- T. GROPPI, *Giustizia costituzionale comparata*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006
- T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, Studi 2015
- E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999
- E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di una interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 2015
- G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1963

- G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970
- G. GROTTANELLI DE' SANTI, Artt. 73-74, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, *La formazione delle leggi*, Tomo I.1, Bologna-Roma, 1985
- T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014
- R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Torino, 1992
- R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004
- A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2014
- G. GUNTHER, *The Supreme Court 1971 Term. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 *Harvard Law Review* 1 (1972)
- J. HABERMAS, *L'idea dello stato di diritto*, in ID., *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 2007
- A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, 1997
- J. HARRISON, *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, 84 *Virginia Law Review* 333 (1998)
- F. A. HESSICK, *Rethinking the Presumption of Constitutionality*, 85 *Notre Dame Law Review* 1447 (2010)
- N. IRTI, *Tecnica della legislazione civile e responsabilità della dottrina*, in ID., *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999
- V. ITALIA, *Problemi sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo* [2003], ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009
- N. JAEGER, *La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, in *Jus*, 1958
- H. KELSEN, *Judicial Review of Legislation. A comparative Study of the Austrian and American Constitution* [1942], trad. it. *Il controllo di costituzionalità delle leggi*.

- Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981
- M. KLARMAN, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 *Michigan Law Review* 213 (1991)
- M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988
- E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratocollaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. III
- E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'età repubblicana*, Roma-Bari, 2012
- E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Questione Giustizia*, 1/2015
- A. LANCIOTTI-M. LONGOBARDO, *La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità*, in *Federalismi.it*, 3 aprile 2015
- A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015
- C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giuridici*, ed. provvisoria, Roma, 1942 e ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984
- G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012
- S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 novembre 2014
- E. LIBONE, *La fisionomia delle leggi di interpretazione autentica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001

- S. LIETO, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 novembre 2014
- S. LIETO, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 maggio 2015
- P. LINZER, *The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone*, 12 *Constitutional Commentary* 277 (1995)
- A. LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2011
- A. LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via principale*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2012
- G. LOMBARDI, *Motivazione. Diritto costituzionale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964
- L. LONGANESI, *La sua signora. Taccuino*, Milano, 1957
- A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007
- A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta Online*, Studi 2012
- A. LONGO, *Alcune riflessioni su tempo, co-testualità ed ermeneutica costituzionale, tra posizioni teoriche e itinerari giurisprudenziali*, in *Giustamm.it*, 6.10.2014
- A. LONGO, *La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa*, in *Consulta Online*, Studi 2014
- A. LONGO, «*La cosa giusta, per la ragione sbagliata*»: qualche spunto (e qualche perplessità) a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 26821/2014, in *RivistaAic.it*, Osservatorio costituzionale, novembre 2014
- A. LONGO, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, II ed., Napoli, 2016 (in corso di pubblicazione)
- M. LOSANA, *Le «leggi-provvedimento»*, in www.dircost.unito.it
- M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015
- M. LOSANA, «*Stranieri*» e principio costituzionale di uguaglianza, in *RivistaAic.it*, n. 1/2016

- A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.P.A. in house e alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2012
- M. LUCIANI, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri». Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. II
- M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *La formazione delle leggi*, Tomo I,2, Bologna-Roma, 2005
- M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme"*, in *Federalismi.it*, 2007
- M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, Parte Prima, in *Giur. it.*, 2007
- M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2013
- M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 1/2015
- N. LUPO, *La "motivazione" delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, in www.consiglio.regione.toscana.it
- J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., vol. XII, Torino, 1997
- S. MACEDO, *The New Right v. the Constitution*, Washington, 1987
- G. E. MAGGS, *A Concise Guide to the Federalist Papers as a Source of the Original Meaning of the United States Constitution*, 87 *Boston University Law Review* 801 (2007)
- C. MAINARDIS, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 aprile 2015
- E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, IV ed., Torino, 2013
- M. MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1990

- R. MANFRELOTTI, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2010
- A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 gennaio 2013
- S. MANGIAMELI, *La motivazione degli atti normativi europei*, in A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Milano, 2015
- V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giur. cost.*, 2005
- V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino, 2013
- V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002
- T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale* [1981], ora in ID., *Opere*, Tomo II. *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano, 2000
- T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR, *Lineamenti di Diritto regionale*, VIII ed., Milano, 2008
- I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003
- I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2015
- B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000
- U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988
- U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996
- M. MENGOZZI, *Chiamata in sussidiarietà ed "esplicitazione" dei relativi presupposti*, in *Consulta Online*, Studi 2012

- D. MESSINEO, «*Accadde domani*»: *l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla "Robin Tax"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 aprile 2015
- C. MEZZANOTTE, *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giur. cost.*, 1988
- C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* [1984], Napoli, 2014
- L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in ID. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009
- L. MINNITI, *Il diritto ad un processo nel merito*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti del diritto n. 1/2016
- M. MOCCHEGIANI, *La sentenza 70 del 2015: natura e limiti di ipotesi decisorie alternative*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 settembre 2015
- F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Vol. I. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970
- F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Vol. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970
- F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978
- F. MODUGNO, *Annulabilità e annullamento. I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- F. MODUGNO, *Validità (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993
- F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Rist. agg., Torino, 2005
- F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007
- F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008
- F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008
- F. MODUGNO, *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007
- F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009
- F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009

- F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, 2012
- F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all'uguaglianza. Studio di una casistica: i minori e i nuovi media*, in *Rivista Aic.it*, Osservatorio costituzionale, marzo 2014
- F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme alla Costituzione”*, in *Diritto e società*, n. 3/2015
- F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, II ed., Torino, 2015
- F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. I. “Vincoli” alla funzione legislativa*, Milano, 1999
- F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Torino, 2000
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* [1748], Milano, 1989
- E. MONTICELLI, *Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, in *RivistaAic.it*, Osservatorio costituzionale, luglio 2015
- E. MORANDO, *La sentenza n. 70 del 2015 sulle pensioni*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015
- A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015
- A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001
- A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003
- A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi nelle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014
- A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015
- C. MORTATI, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del dissent nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale. Atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione*

- con la Fondazione A. Olivetti e lo United States Information Service, Firenze, 1966
- C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, Vol. II
- C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzianti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964
- A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2006, Vol. I
- M. MOSCATO, *I giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in A. RUGGERI-G. VERDE (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, Torino, 2012
- G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: una interpretazione discutibile della Corte*, in *Giur. cost.*, 1999
- R. F. NAGEL, *Marbury v. Madison and Modern Judicial Review*, 38 *Wake Forest Law Review* 613 (2003)
- G. NEGRI, *Impeachment*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970
- G. NORI, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: qualche osservazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 maggio 2015
- E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, 2013
- S. R. OLKEN, *The Ironies of Marbury v. Madison and John Marshall's Judicial Statesmanship*, 37 *John Marshall Law Review* 391 (2004)
- V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965
- A. PACE, *I limiti dell'interpretazione «adeguatrice»*, in *Giur. cost.*, 1963
- A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed. aggiornata e modificata, Padova, 2003
- A. PACE, *L'ultimo monito di Carlo Esposito e le «lezioni» della Corte costituzionale*, in ID. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006

- A. PACE, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, in *Giur. cost.*, 2010
- L. PACE, *La dissenting opinion. Considerazioni storico-comparatistiche*, in L. PACE-S. SANTUCCI-GIU. SERGES (a cura di), *Momenti di storia della giustizia*, Roma, 2011
- L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppodipisa.it*, settembre 2014
- C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta Online*, Studi 2013
- S. PAJNO, *Art. 74*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. II
- S. PAJNO, *Considerazioni sulla riforma costituzionale in progress tra Governo, Senato e Camera dei Deputati*, in *Federalismi.it*, 24 dicembre 2014
- L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969
- L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994
- L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996
- L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997
- F. PALERMO, *Diagnosi errata e terapia inefficace. Le Regioni nella riforma costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 gennaio 2015
- E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 1/2016
- S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998
- S. PANIZZA, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2015
- G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012
- P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo*, Torino, 2002
- G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, Vol. II

- L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987
- L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale*, in G. MORBIDELLI-L. PEGORARO-A. RINELLA-M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, V ed., Torino, 2016
- C. S. PEIRCE, *Prolegomena to an Apology for Pragmaticism*, in *The Monist*, 1906
- I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011
- S. PENASA, *Verso una «cittadinanza costituzionale»? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *RivistaAic.it*, n. 3/2015
- G. PEPE, *La primazia negli organi collegiali pubblici*, Napoli, 2014
- G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 maggio 2015
- R. PERNA, *Le commissioni parlamentari al tempo del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO-N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007
- U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002
- G. L. PETTINGA, *Rational Basis With Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name*, 62 *Indiana Law Journal* 779 (1987)
- M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011
- F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e l'attività «maieutica»* [1961], in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, Vol. III
- V. PIERGIGLI, *Art. 6*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, Vol. I
- G. PILI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti d'America*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009
- A. PIN-E. LONGO, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 aprile 2015
- R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta Online*, Studi 2015/I

- C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2002
- C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, vol. III
- C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2008
- C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. cost.*, 2010
- C. PINELLI, "Valutazione sistematica" versus "valutazione parcellizzata": un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.*, 2012
- C. PINELLI, *Un'interpretazione costituzionalmente orientata per mascherare il giudizio su una legge provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2014
- C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giur. cost.*, 2014
- G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 2014
- G. PISTORIO, *La riproduzione di una norma già dichiarata illegittima: un escamotage per eludere il giudicato costituzionale*, in *Giur. it.*, 2004
- G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012
- F. PIZZETTI-G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972
- A. PIZZORUSSO, *Art. 6*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975
- A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988
- A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., Milano, 1998
- A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. Dir.*, Annali I, 2007
- S. W. POLLVOGT, *Unconstitutional Animus*, 81 *Fordham Law Review* 887 (2013)
- S. W. POLLVOGT, *Beyond Suspect Classification*, 16 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 739 (2014)

- D. PORENA, *Sostenibilità, diritti acquisiti ed irretroattività della legge. Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015
- L. F. POWELL JR., *Carolene Products Revisited*, 82 *Columbia Law Review* 1087 (1982)
- R. A. PRIMUS, *Bolling Alone*, 104 *Columbia Law Review* 975 (2004)
- A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997
- A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003
- A. PUGIOTTO, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, in *Giur. cost.*, 2015
- A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015
- C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Vol. I: I soggetti e gli atti*, Torino, 2010
- A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sentenza cost. n. 119/2015*, in *RivistaAic.it*, n. 4/2015
- G. RAZZANO, *L'esito referendario ed il vincolo per il legislatore*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. «Vincoli» alla funzione legislativa*, Milano, 1999, 165 ss.
- G. U. RESCIGNO, *Il «caso Mancuso», ovvero dell'inesistenza di casi di scuola, ovvero ancora del dovere dei giuristi di rispondere ai quesiti giuridicamente possibili*, in *Diritto pubblico*, 1996
- G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002
- G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012
- F. RIGANO, *L'obbligo di motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994

- F. RIGANO, *Scrutinio stretto di ragionevolezza su leggi-provvedimento e riserva di amministrazione*, in *Le Regioni*, 1996
- P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010
- F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995
- F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999
- F. RIMOLI, *Laicità*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. Ainis, Bari-Roma, 2007
- F. RIMOLI, *Democrazia e laicità*, in ID., *Democrazia, pluralismo, laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Napoli, 2013
- F. RIMOLI, *La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa*, in *Giur. cost.*, 2014
- F. RIMOLI, *Il diritto, la storia, la memoria. La Corte costituzionale e i crimini nazisti come paradigma dell'irredimibile*, in *RivistaAic.it*, Osservatorio costituzionale, luglio 2015
- A. ROMANO, *Giudice amministrativo e giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1992
- S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva* [ottobre 1945], in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953
- R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985
- R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011
- R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001
- R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesta sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettiva. A cinquant'anni dalla prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008
- R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 aprile 2015

- R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta Online*, Studi 2015
- G. ROMEO, *Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Diritticomparati.it*, 1 agosto 2015
- W. G. ROSS, *The Functions, Roles, and Duties of the Senate in the Supreme Court Appointment Process*, 28 *William & Mary Law Review* 633 (1987)
- C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966
- E. ROSSI, Art. 2, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I
- E. ROSSI, *Meglio tardi che mai: la Corte elimina la specialità del procedimento di controllo delle leggi siciliane (ovvero: la Sicilia si avvicina al continente...)* (commento a Corte cost. 13 novembre 2014, n. 255), in *Forum di Quaderni costituzionali*, dicembre 2014
- P. J. RUBIN, *Reconnecting Doctrine and Purpose: a Comprehensive Approach to Strict Scrutiny after Adarand and Shaw*, 149 *University of Pennsylvania Law Review* 1 (2000)
- E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976 [ed. or. 1927]
- A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 ottobre 2003
- A. RUGGERI, *Riforma del titolo V della Costituzione e autonomie locali (notazioni introduttive)*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2002*, VI.2, Torino, 2003
- A. RUGGERI, *La Consulta e il dissent ostentato (nota minima a Corte Cost. n. 393/2006)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 novembre 2006
- A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a*

- marginale di Corte cost. n. 171 del 2007*), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 giugno 2007
- A. RUGGERI, *Presentazione del seminario*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007
- A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta Online*, Studi 2014
- A. RUGGERI, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili "seguiti" della 238 del 2014?*, in *Consulta Online*, Studi 2015/I
- A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 aprile 2015
- A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014
- M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000
- M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002
- M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della «interpretazione conforme a...»*, in *Giur. cost.*, 2007
- M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. it.*, 2009
- M. RUOTOLO, *Intervento*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, 2010
- M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012
- M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2012

- M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, già in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, vol. III e ora in ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014
- M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in *Consulta Online*, 2013 e ora in ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014
- M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014
- M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questione di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2015
- M. RUOTOLO-M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015
- A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996
- G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015
- J. R. SAYLOR, *Judicial Review prior to Marbury v. Madison*, 7 *Southwestern Law Journal* 88 (1953)
- G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000
- G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009
- G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011
- S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, in *Consulta Online*, Studi 2015/I
- G. SCARTOZZI, *La Consulta e i limiti alle sanatorie indiscriminate*, in *Giur. cost.*, 1996

- A. SCHILLACI, «Enjoy liberty as we learn its meaning». *Obergefell v. Hodges tra libertà, uguaglianza e pari dignità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, n. 3
- GIO. SERGES, *Il principio del «doppio grado di giurisdizione» nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993
- GIO. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali. (Note a margine della sentenza costituzionale in materia di servitù coattiva di passaggio per esigenze abitative dei portatori di handicap)*, in *Giur. it.*, 2000
- GIO. SERGES, *Norme sulla normazione e limiti all'interpretazione autentica (Brevi riflessioni a margine del recente «Statuto dei diritti del contribuente»)*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000
- GIO. SERGES, *La legge regionale, oggi*, già in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi e ora* in GIO. SERGES, *Lecture di diritto pubblico*, Napoli, 2011
- GIO. SERGES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in A. DI BIASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, 2014, 187 ss., disponibile all'indirizzo <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/Convenzioni/article/view/138>
- GIU. SERGES, *Per un superamento delle “decisioni rinneganti” in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti del diritto n. 1/2014
- A. SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, Studi, 2015
- M. SICLARI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in A. ANZON-G. AZZARITI-M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, 2004
- S. A. SIEGEL, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, *XLVIII American Journal of Legal History* 355 (2006)
- I. SIGISMONDI, *Impeachment*. Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, Roma, 2007
- G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 2 voll., 1979-1984
- G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985

- G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994
- T. W. SIMON, *Suspect Class Democracy: a Social Theory*, 45 *University of Miami Law Review* 107 (1990)
- D. C. SOBELSOHN, *Of Interests, Fundamental and Compelling: the Emerging Constitutional Balance*, 57 *Boston University Law Review* 462 (1977)
- G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006
- F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Torino, 2007
- F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009
- F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011
- A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993
- A. SPADARO, *La «norma» – o piuttosto la «situazione normativa» – quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto «dottrinale» che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996
- A. SPADARO, *Art. 90*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. II
- A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le «ragioni» di Napolitano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 febbraio 2009
- J. F. SPRINGS II-D. R. STRAUSS, *Explaining Plurality Decisions*, 99 *Georgetown Law Journal* 515 (2011)
- S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007
- A. STERPA, *Una «lettura intergenerazionale» della sent. n. 70 del 2015*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015
- M. STRAUSS, *Reevaluating Suspect Classifications*, 35 *Seattle University Law Review* 135 (2011)
- D. A. STRAUSS-C.R. SUNSTEIN, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, 101 *Yale Law Journal* 1491 (1992)
- D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008

- L. STURLESE, *Limiti di opportunità all'attività interpretativa della Corte costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966
- S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, in *Giur. it.*, 2013
- S. TALINI, *Il corpo ristretto. Il processo giurisprudenziale di emersione dei diritti nell'esecuzione penale*, Tesi di dottorato, 2015
- R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990
- R. TARCHI-D. BESSI, *Art. 123*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, Vol. III
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980
- D. TEGA, *L'addio al celibato (e nubilato) dei militari*, in *Giur. cost.*, 2002
- D. TEGA, *La dottrina come amica curiae*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 luglio 2015
- H. F. TEPKER, *Marbury's Legacy of Judicial Review after Two Centuries*, 57 *Oklahoma Law Review* 127 (2004)
- J. B. THAYER, *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harvard Law Review* 129 (1893)
- F. TIRO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema*, Milano, 2000
- R. TOSI, *Competenze statali costituzionalmente giustificate e insufficienza del sindacato*, in *Le Regioni*, 2008
- S. TRAVERSA, *Le commissioni parlamentari*, in A. CERRI-P. HÄBERLE-I. M. JARVAD-P. RIDOLA-D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati*, Roma, 2010
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XI ed., Torino, 2014
- W. M. TREANOR, *Judicial Review Before Marbury*, 58 *Stanford Law Review* 455 (2005)
- G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936
- W. TRICKETT, *Marbury v. Madison: a Critique*, 53 *American Law Review* 737 (1919)

- M. TROPER, *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005
- A. TURTURRO, *Su di un anacronismo legislativo accertato ma non dichiarato (e superato tramite una interpretazione conforme contra litteram legis)*, in *Giur. cost.*, 2014
- A. TURTURRO, *La reiterata violazione del giudicato costituzionale come «atto contrario alla Costituzione» ex art. 126 della Carta: spunti di riflessione*, in *Le Regioni*, 2014
- A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: “nuovi” poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 dicembre 2015
- R. VACCARO, *Dissent e concurrences nella prassi della suprema corte degli Stati Uniti*, in *Foro Padano*, 1951
- W. W. VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, 18 *Duke Law Journal* 1 (1969)
- V. VARANO, *A proposito dell’eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte Costituzionale: considerazioni sull’esperienza americana*, in A. ANZON (a cura di), *L’opinione dissenziente*, Milano, 1995
- O. O. VAROL, *Strict in Theory, but Accommodating in Fact?*, 75 *Missouri Law Review* 1243 (2010)
- L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995
- G. VERDE, *L’interpretazione autentica della legge*, Torino, 1997
- P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”: sulla modulazione delle pronunce d’accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015
- F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Giur. Cost.*, 2010
- S. VILLARI, *Aspetti della rilevanza della questione di legittimità costituzionale*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1973

- L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e strict scrutiny*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d.
- P. VIPIANA, *La recente giurisprudenza costituzionale in tema di leggi-provvedimento delle Regioni*, in *Quaderni regionali*, 2009
- P. VIPIANA, *Legge-provvedimento regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Torino, 2010
- E. VOLOKH, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 2417 (1997)
- A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2009
- A. WARSOFF, *The Weight of the Presumption of Constitutionality Under the Fourteenth Amendment*, 18 *Boston University Law Review* 319 (1938)
- J. D. WEXLER, *Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism*, 66 *George Washington Law Review* 298 (1998)
- K. E. WHITTINGTON, *The New Originalism*, 2 *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 599 (2004)
- K. E. WHITTINGTON, *Judicial Review of Congress Before the Civil War*, 97 *Georgetown Law Journal* 1257 (2009)
- B. H. WILDENTHAL, *The Lost Compromise: Reassessing the Early Understanding in Court and Congress on Incorporation of the Bill of Rights in the Fourteenth Amendment*, 61 *Ohio State Law Journal* 1051 (2000)
- J. G. WILSON, *The Most Sacred Text: The Supreme Court’s Use of The Federalist Papers*, 1985 *Brigham Young University Law Review* 65 (1985)
- A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 *Vanderbilt Law Review* 793 (2006)
- A. WINKLER, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, 23 *Constitutional Commentary* 227 (2006)
- K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, 124 *Harvard Law Review* 747 (2011)
- G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992
- G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005
- G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012

- A. ZAHEER, *Judging Judges: Why Strict Scrutiny Resolves the Circuit Split over Judicial Speech Restrictions*, 87 *Notre Dame Law Review* 879 (2011)
- C. ZANGHÌ, *Un nuovo limite all'immunità di giurisdizione degli Stati nella sentenza 238 della Corte Costituzionale italiana?*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti del diritto n. 1/2016
- F. ZUCCHINI, *La Commissione affari costituzionali: gli effetti paralizzanti del mutamento*, in G. CAPANO-M. GIULIANI (a cura di), *Parlamento e processo legislativo in Italia: continuità e mutamento*, Bologna, 2001