

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Corso di dottorato di ricerca in Diritto pubblico e
costituzionale
- XXIII ciclo -

Tesi di dottorato

*L'integrazione fattuale del parametro costituzionale
nei giudizi di legittimità*

Coordinatore del dottorato:

Tutor:

Ch.mo Prof. Michele SCUDIERO Ch.mo Prof. Antonio
D'ALOIA

Candidata:

Dott.ssa Annamaria CICCARIELLO

ANNO ACCADEMICO 2010-2011

*Ai Maestri che non ho avuto.
Ai Maestri che ho e avrò.*

*«Senza differenza di idee non si danno
né libertà, né conoscenza.»*

Karl Popper

CAPITOLO I

IL PARAMETRO DEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E L'ESIGENZA DI UNA SUA INTEGRAZIONE.

SEZIONE I

1. La natura della Corte costituzionale e delle sue funzioni.

1.1 *Autorappresentazioni.*

2. Il carattere «aperto» del parametro e l'interpretazione costituzionale.

3 Le esigenze di integrazione del parametro: la legittimazione della Corte nel sistema.

SEZIONE II

1. Il differente ruolo degli elementi fattuali nel sindacato di ragionevolezza e nel sindacato di discrezionalità, premessa la possibilità di individuare caratteristiche autonome.

2. Gli elementi fattuali nel giudizio di ragionevolezza e il *tertium comparationis* quale iter logico-argomentativo per sindacare la discrezionalità del legislatore

3. Percorsi interpretativi quando si tratta di «fatti»: l'incostituzionalità motivata dall'irragionevolezza e l'incostituzionalità motivata dalla violazione del parametro fattuale interposto.

3.1. Il controllo attraverso la motivazione da parte della comunità degli interpreti sulle decisioni che implicano un'alterazione del ruolo e sull'argomentazione del canone della ragionevolezza

CAPITOLO II
LO SPAZIO DEL «FATTO» NELLA COSTITUZIONE

1. Brevi considerazioni teoriche sul ragionamento giuridico.

1.1 *Oltre la giurisprudenza costituzionale di legittimità come scienza pratica*

2. Quali fatti, quale metodo. Precisazioni terminologiche.

2.1 *Dai «fatti bruti» ai «meri fatti». Le «disparità di fatto» e gli «inconvenienti di fatto» nel linguaggio della Corte.*

2.1.2 *Il potere interpretativo della Corte nella costruzione dei fatti costituzionalmente (ir)rilevanti: la giurisprudenza in materia di convivenza more uxorio*

2.2 *L'analisi della Corte sulla fattispecie concreta oggetto del giudizio a quo e l'aggancio processuale alla rilevanza.* – 2.3 *I casi costituzionali.*

CAPITOLO III
**LA DIMENSIONE FATTUALE DEL CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ
COSTITUZIONALE**

SEZIONE I

1. Il criterio sistematico prescelto: la natura dei fatti e il loro rapporto con l'oggetto del giudizio. Precisazioni sulla trasversalità della categoria dell' «anacronismo normativo»

2. La natura dei fatti integrativi del parametro.

2.1 *I fatti naturali*

2.2 *I fatti sociali: fatti linguistici e religiosi*

2.3. *I fatti scientifici*

2.3.1. *Un case study: il fenomeno transessuale tra argomento naturale, socio-culturale e scientifico.*

2.4. *I fatti economici.*

2.5. *I fatti politici nel giudizio di legittimità in via incidentale, osservazioni sulla «serenità di svolgimento delle cariche»*

2.6 *I fatti amministrativi*

2.7 *I fatti normativi*

Sezione II

1. Il controllo sui presupposti fattuali dei decreti legge
2. Le leggi-provvedimento
3. Un caso particolare: i principi di tassatività e materialità della legge penale

Premessa

La questione relativa alla definizione del parametro del giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti aventi forza di legge si colloca al centro di un fecondo dibattito dottrinale, animato da numerosi temi problematici.

Innanzitutto, l'eterna *querelle* intorno alla natura politica e/o giurisdizionale della Corte costituzionale e intorno alla natura delle sue funzioni.

La possibilità di effettuare la sussunzione della norma legislativa nella norma costituzionale assunta a parametro della questione, al fine di verificarne la conformità a Costituzione, seguendo moduli logico-argomentativi di tipo tecnico-giuridico, dipende, infatti, in larga misura dalla sufficiente determinazione del parametro, poiché l'estrema elasticità delle disposizioni costituzionali, in mancanza di integrazione, lascerebbe spesso alla Corte margini di discrezionalità troppo ampi e lo scrutinio di costituzionalità rischierebbe così di sconfinare sovente nella valutazione di merito sulla opportunità delle scelte discrezionali operate dal legislatore.

Ne conseguirebbe l'inevitabile irrobustimento delle critiche di politicizzazione indirizzate alla Corte costituzionale, già oggi troppo frequentemente sovraesposta e attirata al centro della tenzone politica tra maggioranza e opposizione.

In secondo luogo, il tema, al primo strettamente interconnesso, relativo alla legittimazione democratica

della Corte costituzionale e delle sue attribuzioni. Infatti, se il margine di discrezionalità della valutazione sulla legittimità costituzionale delle leggi non fosse sufficientemente ristretto mediante le tecniche di integrazione del parametro e conseguentemente le accuse di politicizzazione delle decisioni si rafforzassero, assumerebbe nel contempo ulteriore vigore la critica - indirizzata alla Corte costituzionale fin dal dibattito costituente e costantemente riproposta da autorevole dottrina - circa un difetto di investitura democratica.

In questa prospettiva, qui non condivisa, ci si chiede, in particolare, come possano quindici "signori", di diversa derivazione, ma nessuno dei quali eletto dal corpo elettorale, andare a sindacare le scelte discrezionali dei rappresentanti della nazione: una pretesa *melior pars* o *sanior pars* della società, che chiusa nella torre eburnea delle sue prerogative e dei suoi privilegi, pretenderebbe di espropriare la sovranità popolare.

In terzo luogo, viene in rilievo il tema relativo alle fonti di disciplina del sistema di giustizia costituzionale e all'assoggettamento della Giudice delle leggi, nell'esercizio della sua autonomia, a un principio di legalità. Infatti, nel tentativo di contenere la discrezionalità della propria valutazione, mediante la specificazione del parametro, in modo assolutamente paradossale, la Corte costituzionale finisce per costruire un elemento essenziale del giudizio con la sua giurisprudenza, sottraendosi alla rigidità e alla schematicità del modello di giudizio costruito dalla disciplina costituzionale e legislativa.

Ma questo fenomeno di produzione giurisprudenziale del diritto - che si inserisce nel quadro di una più complessiva tendenza di lungo periodo del nostro ordinamento - posto in essere dalla Corte costituzionale nel tentativo di contenere le critiche di arbitrarietà del suo operato, finisce per alimentarle, sia pure sotto un diverso versante, che attiene non più alle singole pronunce bensì al

fondamento procedimentale e sostanziale di quelle stesse espressioni di autorità.

L'integrazione del parametro del giudizio di legittimità costituzionale, anche in virtù delle sue numerose e profonde implicazioni, è stato da tempo oggetto della riflessione dottrinale con riferimento al fenomeno della interposizione normativa: rimontano agli anni cinquanta del ventesimo secolo la lucida riflessione teorica e la rigorosa classificazione sistematica di Carlo Lavagna.

La giurisprudenza costituzionale, con la sua ricchezza e con la sua creatività si è tuttavia incaricata di mettere a dura prova nel corso degli anni lo sforzo sistematico e teorico di Lavagna, spingendo la dottrina più sensibile al tema, a ridefinire di volta in volta la classificazione: espungendo singole figure di interposizione normativa, ridefinendone alcune già previste, aggiungendone altre.

Fino ad arrivare al nuovo vigoroso sforzo sistematico, organicamente realizzato nell'opera monografica in argomento di Massimo Siclari, ma nuovamente superato dalle successive sentenze della Corte, che riconoscono il rilievo della C.E.D.U. nella integrazione dei parametri di costituzionalità.

Se il tema classico, relativo all'integrazione del parametro merita una nuova riconsiderazione, alla luce della più recente giurisprudenza, è dunque non tanto con riferimento alla già sufficientemente indagata figura della "interposizione normativa", che si ha quando il parametro costituzionale viene integrato da norme prodotte da fonti legali dell'ordinamento espressamente richiamate dalla disposizione costituzionale in questione, ma piuttosto con riferimento alle diverse, numerose ipotesi, di integrazione del parametro mediante il ricorso a fatti normativi - ovvero, a norme prodotte da fonti *extra ordinem* o a norme prodotte da fonti legali di diritto oggettivo non richiamate espressamente dalle disposizioni costituzionali in questione - quando non, più semplicemente, a fatti amministrativi, sociali, culturali, economici o scientifici.

CAPITOLO I

IL PARAMETRO DEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E L'ESIGENZA DI UNA SUA INTEGRAZIONE.

SOMMARIO: **SEZIONE I** – 1. La natura della Corte costituzionale e delle sue funzioni. – 1.1 *Autorappresentazioni*. – 2. Il carattere «aperto» del parametro e l'interpretazione costituzionale. – 3. Le esigenze di integrazione del parametro: la legittimazione della Corte nel sistema. – **SEZIONE II** – 1. Il differente ruolo degli elementi fattuali nel sindacato di ragionevolezza e nel sindacato di discrezionalità, premessa la possibilità di individuare caratteristiche autonome. – 2. Gli elementi fattuali nel giudizio di ragionevolezza e il tertium comparationis quale iter logico-argomentativo per sindacare la discrezionalità del legislatore – 3. Percorsi interpretativi quando si tratta di «fatti»: l'incostituzionalità motivata dall'irragionevolezza e l'incostituzionalità motivata dalla violazione del parametro fattuale interposto. – 3.1. *Il controllo attraverso la motivazione da parte della comunità degli interpreti sulle decisioni che implicano un'alterazione del ruolo e sull'argomentazione del canone della ragionevolezza*

1. La natura della Corte costituzionale e delle sue funzioni.

Tentare di seguire, identificare e sistematizzare le reciproche influenze tra il parametro del giudizio di legittimità costituzionale e l'universo della realtà fattuale – sino ad indagare i casi in cui si delinea una vera e propria ibridazione del parametro con i fatti, che può condurre ad una dichiarazione di incostituzionalità della disposizione legislativa impugnata, da parte della Corte costituzionale – resterebbe una proposta meramente teorica e priva di significato se non si fornisse, in via preliminare, qualche elemento di riflessione sulle possibili spiegazioni che spingono la Corte costituzionale a dare vita ad un simile meccanismo.

In merito ai profili sopra delineati, ed anche al fine di inquadrare il discorso nell'ambito di un contesto concettuale, per così dire, «consolidato», non possono essere pretermessi brevi cenni su uno dei temi classici, ampiamente affrontato in dottrina, inerente alla questione

dei rapporti tra la natura della Corte costituzionale, delle funzioni e la fonte della sua legittimazione a operare nel sistema.

Tuttavia, ciò non risolverebbe, da solo, la questione reale delle esigenze di integrazione – normativa e fattuale – della disposizione costituzionale, se si obliterasse il faticoso percorso che ha portato all'affermazione di un sindacato di costituzionalità sulle leggi¹, diretto a realizzare uno dei principi cardine del costituzionalismo moderno: la limitazione dei poteri, se è vero che la Corte non può spingere il proprio sindacato «fino a considerare la consistenza degli elementi di fatto posti a base delle scelte legislative»².

Eppure i «fatti» hanno un innegabile rilievo a livello interpretativo, in quanto contribuiscono a rendere concretamente operanti concetti costituzionalmente indeterminati, nell'argomentazione della ragionevolezza e più in generale sulla struttura della norma-parametro e sulla struttura della decisione; nonché sulla norma-oggetto del giudizio (leggi provvedimento, decreti leggi in rapporto alla straordinaria necessità ed urgenza, e in relazione a tutte le legislazioni cd. necessitate o emergenziali).

Al di là delle opzioni dottrinarie che hanno condotto ad una suddivisione sistematica delle tipologie di giudizio e delle decisioni della Corte occorre, innanzitutto, precisare che gran parte dell'attenzione è stata concentrata sul percorso di ricerca inerente alla possibilità di distinguere tra “blocchi” giurisprudenziali in cui il rilievo dei fatti viene considerato autonomamente e sganciato sia dal sindacato di

¹ «Una Costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria». Lo affermava Hans Kelsen nel 1928, in un clima di profondi mutamenti per il costituzionalismo europeo. Il principale ideatore del modello europeo del controllo di costituzionalità di tipo accentrato, previsto dalla Costituzione austriaca del 1920. cit. H. KELSEN, *Le garantie jurisdictionnelle de la constitution* (1928), ora in *La giustizia costituzionale*, trad. it a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1891. Sulle origini del controllo sulle leggi cfr. P. GROSSI, *Alle origini del processo di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Rass. Parl.*, 2/2002; si veda ancora, la voce a cura di N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004, pagg. 201-202.

² Sent. Corte cost. n. 66 del 1992. Tutte le decisioni sono state reperite sul sito istituzionale della Consulta all'indirizzo web www.cortecostituzionale.it.

ragionevolezza, sia dal discorso sulla discrezionalità del legislatore, per essere subliminato in un ambito del tutto indipendente dalle suddette tematiche ed essere qualificabile come una *tecnica tendenzialmente non neutrale* di integrazione del parametro.

Senza voler anticipare il prosieguo del lavoro, ma solo allo scopo di creare una linea di lettura, sin da adesso è possibile riferire il termine *tecnica* ad un meccanismo interpretativo – che incida, al contempo, sia sulla norma-parametro, sia sulla struttura decisione; mentre la attribuzione *non neutrale* – in qualche misura ossimorica se riferita alla tecnica – vorrebbe significare l’atteggiamento ermeneutico della Corte nella creazione di uno spazio di operatività dei «fatti» nel giudizio sulle leggi: per ciò che riguarda l’apertura delle sue decisioni agli elementi fattuali è essa stessa che delinea, costruisce e qualifica, di volta in volta, i «fatti» del giudizio.³

Resta da esaminare l’avverbio *tendenzialmente*, e per farlo occorre premettere una distinzione che verrà tenuta ferma quale risultato parziale della ricerca in oggetto: il rilievo dei *fatti* può giocare un ruolo decisivo nell’equilibrio dei rapporti tra la Corte e il Parlamento, un solido argomento interpretativo da porre a fondamento delle decisioni inerenti alle più delicate tematiche politiche e sociali, troppo spesso rimesse sulla base del *self restraint* alla discrezionalità del legislatore.

In *medias res*, la sentenza n.138/2010 sul matrimonio omosessuale se argomentata sulla base dell’evoluzione dei costumi e delle interrelazioni sociali, del diritto naturale e della tradizione⁴ - di elementi, dunque, extragiuridici – avrebbe potuto avere un esito diverso, senza sottacere, peraltro, che nonostante le dichiarazioni di principio con cui il tribunale

³ Cfr. *infra* Cap. II, § 2.1.

⁴ In senso analogo, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138 del 2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it, il quale sottolinea, in maniera critica, il recupero da parte della Corte costituzionale dell’argomento funzionalistico la «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio», il prospettato sindacato di ragionevolezza «in relazione ad ipotesi particolari» di trattamento non omogeneo tra «coppia coniugata» e «coppia omosessuale», nonché l’utilizzo dell’argomento (formalistico) tratto dalla disciplina legislativa relativa ai transessuali.

costituzionale dichiara irrilevanti i fatti della vita, nella sua giurisprudenza s'incontra ben più spesso, l'affermazione opposta»⁵

Di qui la necessità di approfondire la *ratio* delle fasi di riottosa chiusura, di successive aperture della Corte costituzionale, e di usi «impliciti» degli elementi fattuali nel giudizio di costituzionalità, attraverso un brevissimo *excursus* sulla natura dell'organo e delle sue funzioni.

La giustizia costituzionale⁶ è in seno alla storia del costituzionalismo moderno e, si può osservare, a questo proposito, l'inadeguatezza dell'originario modello kelseniano delle Corti costituzionali come «legislatore negativo», dal momento che la previsione delle stesse nel quadro di un ordinamento costituzionale positivo, implica una connessione inscindibile con il modo di intendere e la Costituzione; la presenza di una Corte costituzionale non può essere concepita al di fuori di una precisa teoria della costituzione, in quanto attraverso essa si legittimano, nuovi equilibri di forze e si vivificano le diverse opzioni assiologiche su cui fondare, nelle società pluraliste e aperte, l'elaborazione del consenso sul «patto di società»⁷ di cui parla oggi

⁵ Testualmente l'ultimo brillante lavoro di M. AINIS, dal titolo *Sul rilievo dei fatti nel giudizio di legittimità costituzionale*, nel numero 02/07/10 della Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

⁶ Sembrerebbe implodere in dottrina l'esigenza di riferirsi all'espressione «processo costituzionale», si veda da ultimo, AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi, Giappichelli, Torino 2008; A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, Relazione al Seminario su *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Bologna 31 marzo 2009.

⁷ P. HÄBERLE, *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*, relazione svolta nell'ambito della Giornata di studio sul *Ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*, Palazzo della Consulta, Salone Belvedere 30 maggio 2003, relazione rinvenibile anche all'indirizzo web www.cortecostituzionale.it. Già Kelsen, con grande consapevolezza, avvertiva che svolta dalla giustizia costituzionale avesse un peso maggiore nell'ambito di società pluraliste: l'essenza della democrazia non risiedere nella onnipotenza della maggioranza ma «nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza

Häberle, che nella dimensione del tempo, si estenderebbe anche al «patto tra le generazioni»⁸

Un argomento sulla adeguatezza soltanto «parziale», della fisionomia delle Corti costituzionali come originariamente disegnate e pensate⁹, va ravvisato nella circostanza che esse permettono, non solo un'effettiva protezione «ad oltranza» del nucleo duro delle costituzioni – e a fortiori, della rigidità delle stesse – quanto nel fatto che esse consentono una vera e propria razionalizzazione degli ordinamenti giuridici e delle loro trasformazioni sociali, politiche; ciò si realizza, tra l'altro, attraverso il risalto dei concetti di validità e di giustizia sostanziale¹⁰ subentranti alla

rappresentano in parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo a realizzare questa idea». Cfr. H. Kelsen, op. cit. 189-190. Nella dottrina costituzionalistica italiana, su questi grandi temi, non può non richiamarsi l'opera di C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè 1940. Recentemente, ha discusso di una funzione di «armonizzazione sociale» della Costituzione, A. Cerri, *Le problematiche ragioni del controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2004, fasc.143-144, pp. 7-28.

⁸ D'Aloia,

⁹ Un esempio della trasfigurazione dei modelli, peraltro, è senza dubbio rappresentato dalla progressiva «mutazione genetica» del ruolo e delle funzioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in quanto sempre più consapevolmente si propone - in uno scenario in cui i principi comunitari sono pervasivi e votati ad una complessa ed intensa stagione implementativa - come giudice costituzionale, custode dei *principles* comunitari e incaricato della tutela dei diritti fondamentali sul territorio europeo, con la non irrilevante conseguenza che, mentre sul piano dei modelli, si assiste ad un superamento del discrimine tra le tradizioni di *common law* e di *civil law*, sul piano dei contenuti si evidenziano competenze che vanno ben oltre quello che era - e resta - il compito "contrattato" in base all'art. 220 Trattato CE, ovvero il *rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati*. Sui motivi dell'espansione del ruolo della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali si rinvia a S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. P. Panunzio, Jovene, Napoli 2005, spec. p.3 ss.

¹⁰ Heller, in polemica con Kelsen e la sua scuola - aderendo alle tesi di Bodin sulla limitazione del potere del sovrano - ricondurrebbe il concetto di Costituzione a un'idea di giustizia naturale, tuttavia

mera legalità e al formalismo positivista; di strumenti di implementazione dei principi destinati a rendere sempre più effettivi i diritti fondamentali; onde la previsione di tecniche argomentative di razionalizzazione massima del sistema giuridico, chiamati ad assolvere una funzione quasi catartica, come il canone costituzionale di «ragionevolezza»¹¹.

Sembra ormai superata la celebre querelle, invalsa in Europa, sul finire degli anni '20 tra Hans Kelsen¹² e Carl Schmitt¹³, sulla natura

avulsa dalla realtà e dalle dinamiche sociali. H. HELLER, *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, (scritti tra il 1926 e il 1929) trad. it. a cura di P. Pasquino, Giuffrè, Milano 1987, pp. 78 e ss., pp. 122 e ss., 204 e ss. Sul rapporto tra legalità e giustizia si veda, in particolare, G. ZAGREBELSKY, *L'idea di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia*, in C. Martini, G. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino 2003, spec. p. 26, ove l'A. si interroga, infatti, se «la proclamazione, da parte delle Carte costituzionali, della inviolabilità dei grandi principi di giustizia – libertà, uguaglianza, solidarietà, dignità umana – che cos'è se non l'affermazione che la giustizia non si esaurisce nella legalità e che il legislatore deve rendere conto ad un'istanza superiore di giustizia?».

¹¹ La letteratura sul tema è davvero densa di significativi contributi, i quali verranno richiamati più volte nel testo. Studi classici sono rappresentati dagli scritti di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, CEDAM, Padova 1973; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giuridica*, XXV, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 1994, pp. 1-27; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Agg.*, I, Milano 1997. Sono, inoltre, numerosi i lavori di autorevoli studiosi, contenuti in volumi collettanei, volti a ricercare un profilo comune ai diversi significati del concetto, si vedano soprattutto AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano 1994; AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Giappichelli, Torino 2002; AA.VV., *Alla ricerca del «diritto ragionevole». Esperienze giuridiche a confronto*, a cura di S. Pajno e G. Verde Giappichelli, Torino 2004. Tra i contributi monografici si ricorda, in particolare, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005, già in *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, ed. provv., Giuffrè, Milano 2000, spec. pp. 123 e ss., dove l'Autore ha, espressivamente, discorso della ragionevolezza costituzionale come «principio architettonico del sistema»; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 4/2000; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2004; A. SPADARO, in *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti* in *Ars Interpretandi* n. 7/02.

¹² La visione del primo Kelsen, dell'esistenza di una Costituzione «wertfrei» - le cui violazioni fossero solo di carattere procedurale - si ripercuoteva sulla natura giurisdizionale dell'organo cui attribuire il

giurisdizionale, o piuttosto politica, del «custode della costituzione»¹⁴, la quale produsse la sua eco in Italia, nel dibattito in Assemblea costituente¹⁵, ove le incertezze maggiori riguardarono, appunto, l'istituendo organo¹⁶: già allora si percepiva che, dalle forme costitutive e funzionali, sarebbe dipesa la coerente applicazione del principio democratico e di sovranità.

In particolare, è noto come i gruppi politici della sinistra propendessero, onde evitare vi fossero conflitti con il legislatore, per un riconoscimento ufficiale delle legittimazione politica; mentre furono fermi sostenitori del modello giurisdizionale, gli esponenti del pensiero liberale di «nuova generazione», e soprattutto Moro, Dossetti e LaPira,

potere di sindacare la legittimità delle disposizioni di legge. H. Kelsen, *Le garantie jurisdictionnelle de la constitution* (1928), op. cit.

¹³ Secondo Schmitt, e in base alla teoria pubblicistica del *pouvoir neutre*, avallata da una lettura in *malam partem* dell'art. 48 della Costituzione di Weimar il «custode» della Costituzione (puro atto di decisione politica circa la concreta unità politica di un popolo) era da identificarsi nel Capo dello Stato, nel presidente del *Reich* - eletto direttamente dal popolo e dotato prevalentemente, non di poteri di indirizzo, ma solo di *auctoritas* (mere funzioni garantiste di arresto e coordinazione), il quale avrebbe potuto nel c.d. *Stato d'eccezione*, cumulare in sé anche la *potestas* del Cancelliere, ovvero un potere straordinario, che si sarebbe concretizzato, poi, nella sospensione dei diritti fondamentali, C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981; sulla Costituzione di Weimar, C. MORTATI, *La Costituzione de Weimar*, Firenze, 1948 spec. pp. 23, 106 ;

¹⁴ Per uno studio sulle origini del dibattito, si v. P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il Custode della Costituzione*, in *Storia e politica*, 1977, pp. 506 e ss.

¹⁵ Sintetizza magistralmente il dibattito culturale e giuridico dei Costituenti sulla creazione della Corte costituzionale F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV. *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Il Mulino, Bologna 1982.

¹⁶ La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori, V, cit. 4208 e ss., su cui v. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale - Ideologia politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Giuffrè, Milano, 1981

esponenti della Democrazia Cristiana; e, tuttavia, non mancarono aperte e radicali ostilità.¹⁷

Il periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione – come era immaginabile – produsse i primi, meditati studi sulla natura «mista» insieme politica e giurisdizionale della Corte¹⁸; per poi conoscere una «seconda ondata» di diffusione, all'indomani delle prime pronunce¹⁹.

Da allora, le riflessioni sul tema sono state riproposte, scandite con regolarità nel tempo.

Le implicazioni derivanti dall'interesse sulla «giusta collocazione» dell'organo di garanzia della Costituzione, sono state fatte ricadere – ora – nelle maglie della tensione istituzionale e nella sua partecipazione alla determinazione degli elementi costitutivi della forma di governo – ora – intrecciandole con il divieto di compiere valutazioni sulle scelte del legislatore²⁰.

Allo stato attuale, a quelle linee, si aggiunge l'ulteriore versante, su cui la giurisprudenza della Corte sta intervenendo, in *pars destruens* e in

¹⁷ Si ricordano, tra i maggiori avversatori del nuovo istituto di garanzia costituzionale V. E. Orlando e l'on. Nitti, entrambi legati al dogma della sovranità del legislatore e ideologicamente aderenti alla concezione tradizionalistica della costituzione di matrice liberale. Eloquente l'intervento di Nitti: «questa Corte costituzionale, inventata non so da chi, sarebbe destinata all'insuccesso, perché è fatua fantasia di cosa che non esiste [...] La progettata Corte costituzionale, non deve esistere per nostra serietà». In *La Costituzione della Repubblica*, op. cit. p. 4208, G. D'ORAZIO, *La genesi*, op. cit. p. 88.

¹⁸ C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, (1950), ora in *La Costituzione italiana. Saggi*. CEDAM, Padova 1954, p. 263; Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957.

¹⁹ Tra i primi a tracciare il carattere misto della Corte, riflesso del carattere compromissorio della stessa Costituzione, fu V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958, IV, p. 273 ss; dello stesso A. Giustizia costituzionale e potere legislativo

²⁰ F. PASTORE, *Politiche legislative e scrutinio di coerenza*, in AA.VV., *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero, Jovene, Napoli 1999.

pars construens, relativo alla legittimazione del modello di forma di stato «federale».

1.2 Autorappresentazioni.

La combinazione, rilevatasi complessivamente maggioritaria²¹, fra un giudizio politico (elevata sensibilità politica)²² e un modello giurisdizionale (alto spessore tecnico-giuridico dei membri)²³, va adesso raffrontata con il modo in cui la Corte costituzionale rappresenta se stessa, nelle sue decisioni e un punto di vista, particolarmente privilegiato è costituito dalla giurisprudenza in tema di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE.

²¹ Ad esempio, sono orientati a ritenere la natura attuale del giudizio di legittimità in senso *prevalentemente* giurisdizionale, in quanto non potrebbe dirsi, ad ogni modo, esente da influssi politici, e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, op. cit. p. 148; F. MODUGNO, *Corte Costituzionale e potere legislativo*, *ibidem*, p. 98, nonché E. Cheli, *Il Giudice delle leggi*, Bologna 1996, spec. p. 29 ove si assumono quali paradigma del giudizio di costituzionalità sulle leggi maggiormente politicizzato, il modello francese, e quello statunitense come giudizio giurisdizionalizzato. Va tuttavia sottolineato che nel 2005, ovvero al termine del mandato di giudice costituzionale, Zagrebelsky ha sostenuto che la funzione della Corte è politica, ma al tempo stesso non appartiene alla politica, spiegando questo apparente paradosso - che una volta compreso consente di penetrare l'essenza della democrazia - attraverso un doppio significato che può essere attribuito al termine "politica", G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino, Einaudi 2005.

²² Basti pensare ai requisiti soggettivi e ai criteri di selezione del Collegio, e la necessità di ulteriore mediazione caratterizzata dalla nomina presidenziale di cinque dei quindici membri. Rileva, tuttavia le difficoltà, legate alla assenza di contestualità delle nomine/elezioni dei Giudici, di considerare il potere di nomina del Capo dello Stato come efficace contrappeso «politico», A. PIZZORUSSO, *Sub artt. 134-136*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981

²³ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti*, op. cit. p. 39-40;

Come è noto, il primo orientamento della Corte fu quello di escludere la propria natura - ma non il metodo giurisdizionale²⁴ - a ragione delle endemiche differenze tra i compiti ben noti e storicamente consolidati propri delle giurisdizioni²⁵ e quelli del tutto innovativi di custode della Costituzione e del delicato equilibrio fra organi e poteri, che ad essa affidava la Costituzione; e che non fosse ravvisabile in essa «quella giurisdizione nazionale alla quale fa riferimento l'art.177 (ora art. 234) del Trattato, non potendo la stessa essere inclusa “fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano»²⁶.

Quanto alla sussistenza delle condizioni perché questa sollevi davanti alla Corte di giustizia CE questione pregiudiziale sull'interpretazione del diritto comunitario, solo con l'ordinanza n. 103 del 2008, si è avuta la svolta storica, ove si è ritenuto che la Corte – pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno – costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell' art. 137, terzo comma, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE.

²⁴ Sent. Corte cost. n. 13 del 1960, punto 1 del *considerato in diritto*, in cui si legge che la scelta del metodo giurisdizionale è stato considerato quello più idoneo dal Costituente e che: «È vero che la sua attività si svolge secondo modalità e con garanzie processuali ed è disciplinata in modo da rendere possibile il contraddittorio fra i soggetti e gli organi ritenuti più idonei, e pertanto legittimati, a difendere davanti ad essa interpretazioni eventualmente diverse delle norme costituzionali. Tutto ciò riguarda soltanto, però, la scelta del metodo considerato più idoneo dal legislatore costituente per ottenere la collaborazione dei soggetti e degli organi meglio informati e più sensibili rispetto alle questioni da risolvere ed alle conseguenze della decisione».

²⁵ Cit. sent. n. 13/60 ripresa testualmente nella ord. n. 536/95 e assunta come precedente dalla Corte.

²⁶ Corte Cost. ord. n. 536/95 in Foro it. 1996, pp. 783-794, con nota di A. BARONE Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi.

Naturalmente, una questione che, non di meno, si è qui costretti ad intrecciare con l'indiscutibile eterogeneità delle funzioni assegnate alla Corte, nonché con i molteplici modi dell'esercizio e – non secondariamente rispetto a ciò – con la struttura delle norme oggetto del sindacato e il parametro di volta in volta individuato dal remittente, proprio in ragione della diversità della dinamica processuale attraverso la quale si perviene alla definizione del giudizio.

2. Il carattere «aperto» del parametro e l'interpretazione costituzionale.

Per delimitare il tema della ricerca e, conseguentemente individuare gli elementi «fattuali» (diversi dalla prassi, dalle consuetudini e dalle convezioni costituzionali) che concorrono ad integrare il parametro dei giudizi di legittimità costituzionale in forza del richiamo, implicito o esplicito, ad essi da parte di alcune disposizioni della Carta fondamentale, appare necessitata una digressione sul concetto stesso di parametro, degli strumenti interpretativi che la Corte possiede per l'attuazione e la vivificazione delle norme costituzionali, nonché sull'istituto – estremamente importante ai fini del giudizio sulle leggi – dell'interposizione normativa (teorizzata da Carlo Lavagna²⁷ sul finire degli Anni '50 del secolo scorso) per cercare di ricostruire, attraverso una torsione metodologica, i caratteri e la struttura della interposizione fattuale del parametro di costituzionalità.

Nei giudizi in via incidentale, è indicato dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953, «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale», facendo ricadere l'obbligo per il giudice del rinvio di richiamare «le disposizioni costituzionali che si presumono violate», analogamente per i giudizi in via principale, mentre per i conflitti di attribuzione interorganici e intersoggettivi, gli artt. 37 e 39 della suddetta legge prevedono rispettivamente, l'indicazione della «sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» e della «sfera di competenza costituzionale».

²⁷ C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, Giuffrè, Milano 1957, magistralmente sul tema M. SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, CEDAM, Padova 1992.

Per giudicare alla stregua del dato costituzionale le leggi e gli atti aventi forza di legge, viene in evidenza il cd. parametro di legittimità, l'elemento normativo cui rapportare la validità dell'atto impugnato.

Il parametro, è stato detto, «evoca l'idea di un archetipo, di un modello [...] indica l'esistenza (teorica e/o pratica) di un punto di riferimento»²⁸, e circoscrive l'ambito di validità di una norma, determinando il termine di raffronto nell'applicazione dei criteri di risoluzione delle antinomie: espresso, tacito, implicito, interposto o direttamente invocabile, composto da più disposizioni di rango costituzionale ovvero da comportamenti costituzionalmente rilevanti.

Secondo il grande insegnamento di Crisafulli²⁹, è possibile distinguere tra le diverse disposizioni della Costituzione, non solo regole ma anche

²⁸ A. SPADARO, *Dalla Costituzione... in Il parametro*, cit. p. 2

²⁹ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, Milano 1952. L'Autore si è occupato *funditus* del tema della natura dei principi, non solo costituzionali ma anche dei principi generali dell'ordinamento, ritenendo che essi abbiano natura di norme giuridiche, e possano ricavarsi mediante un processo di astrazione e di generalizzazione; inoltre la differenza tra norme di principio e norme di dettaglio è quantitativa e relativa: una norma può essere un principio di un'altra norma, perché più generale di questa, la quale a sua volta può essere un principio rispetto a una norma più particolare, V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Ius*, I, 1940, pp. 193-214. Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, pp. 41-64, 157-162, 230-365; *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, pp. 38-42; In relazione alla legislazione di dettaglio e legge-cornice si rinvia al lavoro di M. SCUDIERO, *Legislazione regionale e limite dei principi fondamentali: il difficile problema delle leggi-cornice*, in *Le Regioni*, n.1/1983 p. 11. Con riferimento alla difficoltà, in concreto di distinguere nell'ambito della legislazione regionale e statale, tra norme di principio e norme di dettaglio, è intervenuta la Corte costituzionale, stabilendo che «la specificità delle prescrizioni, di per sé, neppure può escludere il carattere di principio di una norma, qualora essa risulti legata al principio stesso da un evidente rapporto di coesistenzialità e di necessaria integrazione». In tal senso cfr. sentenze della Corte cost. nn. 237/09, 430/07. Inoltre, nella dinamica dei rapporti tra Stato e Regioni, la stessa nozione di principio fondamentale non può essere

principi³⁰ i quali concorrono da un punto di vista interno, ad edificare un sistema giuridico positivo, e il cui concreto modo di operare non è qualcosa che possa mai dirsi definitivamente stabilizzato, ma prodotto di mutevoli vicende, permeabili alle esigenze dei casi, sicché, l'applicazione giurisprudenziale dei principi, in specie costituzionali, presuppone un *background* culturale, un mondo di valori e interessi che, a loro volta, devono rispondere a criteri di «ragionevolezza».³¹

crystallizzata in una formula valida in ogni circostanza, ma deve tenere conto del contesto, del momento congiunturale in relazione ai quali l'accertamento va compiuto e della peculiarità della materia. Sent. n. 16/10

³⁰ Sulla distinzione tra *regole* e *principi* numerosi spunti nell'ampia letteratura d'oltralpe, R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. (a cura di) M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998, e anglosassone, spec. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London 1977, p. 22 ss. il quale, nel saggio *The Model of rules* (I), sostiene l'idea che i principi siano graduabili nella loro applicazione, al contrario delle regole. Vi è, perciò, una differenza nel *quomodo* tali standard guidano i giudici, differenza che dipende da una distinzione di tipo logico-ontologico. Mentre le *rules* si applicano nella formula del «tutto-o-niente» (nel senso che se il fatto è riconducibile allo schema descrittivo e la norma è valida), la risposta data dall'interprete all'ordinamento sarà di tipo precettivo, svolgendo, così, una funzione immediatamente deontica. In realtà, il filosofo americano ha portato la sua sfida ai fautori del giuspositivismo prospettando, attraverso argomentazioni che suscitano dibattiti oggi più attuali che allora, la distinzione tra principi e regole. La visione in sé molto complessa del diritto è incentrata sulla funzione fondamentale svolta dai principi, e ruota intorno ad alcuni concetti chiave come quello di interpretazione.

³¹ Se si approfondisse il passaggio, risulterebbe una apparente incompatibilità tra i fatti e il diritto. È stato asserito che un vero dialogo sussisterebbe solo in ordine ai valori, perchè qualsiasi discussione intorno a fatti è destinata ad essere troncata da dati evidenti e inconfutabili. Questo il filo conduttore dell'opera di C. PERELMAN, *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, trad. it. E. Mattioli, Parma 1979;

L'insegnamento è stato poi, ripreso e arricchito di significato da autorevoli costituzionalisti come Sergio Bartole³², Roberto Bin³³, Franco Modugno³⁴, Gustavo Zagrebelsky³⁵.

Richiamata nell'orbita di queste riflessioni è la distinzione inerente alla natura «aperta» delle disposizioni costituzionali da assumere come parametro di legittimità, e la relativa *forza attrattiva* che dai fatti viene impressa *sulle* norme, per cui, ove si annidi un problema di

³² In prospettiva, l'Autore sottolinea il rapporto tra principi e elementi extragiuridici: «Abbiamo, dunque, un ragionamento interpretativo condotto con riguardo a due termini di confronto, da un lato le espresse dichiarazioni della Costituzione, dall'altro lato la situazione di fatto in cui il giudizio della Corte si colloca, ed alla quale (ancor prima di questo) era tenuto a rifarsi il giudice ordinario» S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. Cost.* 1983, p. 575.

³³ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano 1988, p. 199, per cui i principi sono «norme senza fattispecie», possono essere intesi anche come «norme di scopo» e necessitare di *un'interpositio* di altre norme attuative.

³⁴ L'Autore, avvicina i principi ai fatti normativi e ne evidenzia la funzione norma genetica: «I principi costituzionali non sono semplicemente deducibili dalle disposizioni costituzionali, ma affondano la loro radice nella Costituzione come concetto [...] i principi si affiancano, per così dire, piuttosto, ai fatti normativi (proprio in quanto possono dedursi da atti normativi, ne trascendono, quanto al valore la portata e pongono, *rectius*: concorrono a determinare, direttamente le norme)» F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, Milano 1970, cit. 224.

³⁵ Zagrebelsky è stato assertore, accanto a Dworkin, della distinzione forte, per la quale i principi sono altro dalle regole, sia formalmente, in quanto non hanno uno *status*, una gerarchia a priori determinata - come potrebbe averlo un atto normativo positivo - sia dal punto di vista dei contenuti - la bettiana idea della loro eccedenza sulle regole - e per la loro natura graduabile nella dimensione del peso e dell'importanza. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 1992, cit. pp. 149-150. ci si addentra poi, nel dibattito teorico sulla natura normativa, definito attraverso le posizioni di alcuni giuristi italiani, le cui concezioni, sembrano essere accomunate dall'idea bettiana dell'eccedenza di contenuto deontologico dei principi sulle regole. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè 1971, p.361

costituzionalità spiegabile solo attraverso il ricorso all'elemento extranormativo, sarebbe sempre la combinazione dei due dati a porsi quale ineludibile pietra di paragone.

Di talché, qualora tale lettura combinata risulti, per così dire, impossibile, perché si tratti non di composizione fra risultati ermeneutici, bensì di ricomposizione *ex novo* del parametro, allora il vizio della legge presunta di incostituzionalità, sarà riconducibile all'alveo del sindacato ragionevolezza.

Mentre la forza *centripeta* esercitata (questa volta) *dal* parametro *sui* fatti, si riporta a tutti quei casi in cui, sulla falsariga della teoria dell'interposizione legislativa, sia la situazione fattuale ad essere richiamata dalla lettera della Costituzione.

L'indicazione delle norme parametro che si assumono violate, siano esse principi o norme interposte, per la Corte è stata ritenuta insufficiente ad individuare una questione di legittimità, richiedendo che le censure riferibili ai parametri fossero congruamente motivate.³⁶

La flessibilità del parametro costituzionale³⁷, infine, si estende o si restringe, in relazione all'oggetto dedotto nel giudizio³⁸, fino a

³⁶ Cfr. *ex plurimis* ord.175 del 2009, nella quale l'inottemperanza all'onere di illustrare adeguatamente le ragioni della dedotta violazione dei parametri evocati è stata all'origine di una declaratoria di manifesta inammissibilità.

³⁷ Vi sono previsioni costituzionali che per essere applicate - attuate in sede legislativa o utilizzate come parametro nel controllo di costituzionalità - richiedono all'interprete di «usare criteri o fissare concetti extragiuridici per determinare i frequenti rimandi ai valori di ragione o di natura o di giustizia, nonché per definire in maniera non del tutto formalistica i dati materiali della nomenclatura costituzionale», L. PALADIN, *Legittimità e merito*, op. cit. p. 332.

³⁸ Emblematicamente quanto ai giudizi sulle leggi costituzionali e le leggi di revisione costituzionale, alle leggi ordinarie che regolano i rapporti tra Stato e Chiesa, e alle norme di diritto comunitario pattizio o derivato, noto è l'orientamento giurisprudenziale che vede quali limiti alle suddette ipotesi legislative, i principi supremi dell'ordinamento costituzionale (sentt. 30,31,32 del 1971) i principi fondamentali dell'ordinamento e i diritti inalienabili della persona (sentt. 183/1973 e 126/96). Nel giudizio di cui alla sentenza n. 129/08, in materia di revisione del processo, il giudice rimettente aveva invocato, tra gli altri parametri, anche l'art. 10 della

ricomprendere ciò che una parte della dottrina ha chiamato *parametro eventuale*³⁹, per indicare i casi in cui prende forma una peculiare ipotesi di integrazione del parametro di legittimità costituzionale *ex post facto*, trattandosi, appunto di categorie “legislative”, sostanzialmente non definibili aprioristicamente, né tipologicamente.

Il campo di indagine, dunque, rischia d’essere assai ampio qualora si introducessero anche i casi in cui la Corte è tenuta a verificare la legittimità della legge in ordine alle c.d. *clausole generali*, o invece – come pure sono state definite *formule elastiche*⁴⁰ - l’utilità sociale di cui

Costituzione, sul presupposto che alcune delle garanzie fondamentali enunciate dalla CEDU - fra le quali il principio di presunzione di innocenza - coinciderebbero con altrettante «norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che trovano adattamento automatico» nell’ordinamento interno. Tale ultimo impiego, però, non corrisponde ad una corretta esegesi della disposizione costituzionale: nella predetta sentenza, infatti, si è affermato che, secondo la giurisprudenza costante della Corte «l’art. 10, primo comma, della Costituzione, con l’espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», intende riferirsi alle norme consuetudinarie; e dispone, rispetto alle stesse, l’adattamento automatico dell’ordinamento giuridico italiano. L’osservanza che a simili norme presta l’ordinamento internazionale, nel suo complesso, giustifica all’evidenza il postulato che ad esse si debba necessariamente conformare anche l’ordinamento “interno”; e ciò per evitare un intollerabile sfasamento circa la realizzazione “domestica” di principi universalmente affermati e, dunque, patrimonio comune delle genti. Al contrario, la norma invocata dal remittente, in quanto pattizia e non avente la natura richiesta dall’art. 10 Cost., esula dal campo di applicazione di quest’ultimo. Se ne deve dedurre, pertanto, l’impossibilità di assumerla come integratrice di tale parametro di legittimità costituzionale».

³⁹ P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro eventuale*, op. cit. in AA.VV, *Il parametro*, i quali ritengono norme interposte: il decreto legge non convertito e reiterato rispetto all’eventuale illegittimità del decreto di reiterazione; la legge referendata ai fini della valutazione di conformità costituzionale della legge risulta; la legge interpretata rispetto alla legge di interpretazione autentica. Tutte ipotesi che implementano il principio di uguaglianza/ragionevolezza e ad esso riconducibili.

⁴⁰ R. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, I, 545 ss.,

all'articolo 41 della Costituzione, l'interesse generale, l'utilità generale, e la funzione sociale – cioè tutte le disposizioni della Carta che evocano concetti indeterminati, «anche di ordine metagiuridico, spesso storicamente mutevoli»⁴¹.

In simili circostanze, gli elementi *fattuali*, concorrono, al pari della disposizione, a circoscrivere il parametro di costituzionalità nella misura in cui leggi ordinarie non possono contrastare con queste.

Nei giudizi sulle leggi condotti sulla base di detti parametri, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla ragionevolezza della scelta legislativa, assicurando che essa sia libera da possibili «arbitri del legislatore, cioè le manifeste violazioni dei fini e dei criteri di per sé metagiuridici, ma fatti positivamente rilevanti dai richiami della carta»⁴².

Tra le questioni essenziali da chiarire, partendo dalle osservazioni fin qui svolte: a) cosa si intende per integrazione fattuale del parametro, quali i criteri da porre a base del rapporto circolare e di reciproca influenza che lega le disposizioni costituzionali agli elementi extranormativi ai quali rimanda; b) qual è la fonte da cui si genera l'esigenza di integrazione dell'enunciato costituzionale; c) quali gli effetti sul ruolo della Corte costituzionale e sulla motivazione della decisione⁴³ qualora la legittimità dell'oggetto del giudizio in via incidentale sia valutato attraverso la *lente* dei fatti.

Cominciando dalla prima, non stupisca se, in prima approssimazione, si dirà che si tratta di «integrazione fattuale», tutto quanto non possa essere ricompreso nell'ambito del normativo: una premessa definitoria,

cit. p. 547, il quale definisce gli artt. 41, 42, 43 e 97 della Costituzione, *formule elastiche*, cui si ricollega gran parte dei giudizi di ragionevolezza.

⁴¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, op. ult. cit. p.370.

⁴² L. PALADIN, op. cit. p. 335.

⁴³ Non occorre qui esaminare la struttura della cd. motivazione in fatto, per la quale si rinvia all'organico lavoro di M. AINIS, *La motivazione in fatto*, in AA.Vv., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, op. cit. pp.163 ss. In questa sede si cercherà semplicemente di evidenziare che, attraverso la motivazione delle decisioni che involgono, in qualche misura, il rapporto tra la legge e i «fatti», o il loro accertamento, la Corte si esprime rafforzando la sua natura giurisdizionale per non dare risalto ad un discorso, spesso, intellegibile in chiave politica.

volutamente ampia, per sottolineare le difficoltà di rappresentare il fenomeno in termini netti.⁴⁴

2. Le esigenze di integrazione del parametro: la legittimazione della Corte nel sistema.

Non vi è dubbio che, proprio sul terreno della collocazione dell'organo nel sistema istituzionale, si può sperare di trovare un utile punto di partenza in ordine alla constatazione che, la Corte, utilizza il meccanismo dell'interposizione del parametro – così come fa con altri istituti processuali in senso stretto – per legittimare scelte interpretative sempre più sofisticate e, in qualche misura, imposte dall'evoluzione degli ordinamenti: si pensi all'influenza generale sui sistemi giuridici generata dai rapporti con le Corti europee – CEDU e Corte di giustizia dell'Unione Europea – specialmente a seguito del Trattato di Lisbona.

Non è un caso che l'integrazione (fattuale o normativa, che sia) dell'art. 117, I comma, della Costituzione, costituita dal vincolo del rispetto degli obblighi internazionali, con le disposizioni della Carta europea dei diritti dell'uomo, «così come interpretate» dalla Corte di Strasburgo⁴⁵, abbia consentito di adeguare la legislazione vigente all'ordinamento sovranazionale, dando luogo ad un intervento sul parametro che potrebbe definirsi, di «microchirurgia»: il parametro è stato inciso dal bisturi ermeneutico della Corte e, al suo interno, sono state articolate le istanze di maggiore tutela di un diritto fondamentale, veicolate dal parametro interposto.

La possibilità di una continua e dinamica integrazione del parametro, si presenta come una base giuridicamente disponibile per accertare, tra

⁴⁴ Si pensi che le fonti comunitarie sono tutt'oggi, da qualche Autore, definibili come *fatti normativi*. Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino 2008 che richiamano la teoria delle fonti di Livio Paladin. Nello stesso senso il rilievo che il diritto giurisprudenziale di derivazione sovranazionale abbia avuto non poche difficoltà ad affermarsi – se realmente si è affermato – come fonte normativa.

⁴⁵ Sentenze gemelle 348-349 del 2007

l'altro, il deficit di tutela costituzionale nei confronti di un diritto tutelato in via convenzionale⁴⁶, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti.

Ma ciò che più rileva ai fini del nostro discorso, è evidenziare gli steps del ragionamento della Corte: la norma interposta, nel momento in cui va ad integrare il parametro, ripete da questo il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono, poi, le ordinarie operazioni cui la Corte è chiamata in tutti i giudizi a confrontarsi.

Sicché, ricondotto nell'alveo delle tecniche giurisdizionali il meccanismo interpretativo dell'integrazione del parametro, si possono stilare alcune conclusioni ulteriori, senza con questo voler dimostrare la stretta consequenzialità tra ciò che la Corte fa, e ciò che la Corte è...

Anche se è innegabile, tuttavia, che la Corte plasmi le proprie categorie processuali – prendendo in prestito la concettualità tradizionale⁴⁷ – l'integrazione (specialmente normativa) del parametro del giudizio, è un istituto tipico del processo costituzionale, che esalta, ancora una volta, la peculiarità delle funzioni e delle attribuzioni riconosciute e che, al contempo è una parte dell'armamentario logico che consente alla stessa di delinarsi come un organo forte, capace di imporsi nel sistema, tenendo la rigidità delle forme nei canali tipici del metodo giurisdizionale e, nello stesso tempo, dimostrando l'estraneità delle proprie scelte in materia costituzionale, ai fatti contingenti della politica e alle sue pretese.

Il *tertium comparationis*, il decreto legge non convertito ma reiterato, la legge referendata rispetto alla legge risulta, sono stati ritenuti oggetti omogenei e privilegiati per studiare ipotesi *in limine* di integrazione del parametro; soluzioni ibride, a cavallo tra il fattuale e il normativo.

Ed invero, la tematica non si arresterebbe alle questioni di ordine strettamente teorico o metodologico ma, interrogandosi sul significato da assegnare al «parametro», calato nella realtà *intepretanda*, i giudici della Consulta lasciano intravedere, sullo sfondo, un approccio al tema della natura delle funzioni e delle attribuzioni della Corte, forse non completamente riconducibile alla *vexata quaestio* dell'anima giurisdizionale e insieme politica dell'organo.

Una realtà facilmente riscontrabile quando si guarda alla giurisprudenza della Corte costituzionale: la costruzione del parametro e le peculiari attenzioni argomentative che circondano le motivazioni delle

⁴⁶ Cit. sent. Corte cost. n. 317/09

⁴⁷ A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione...*

decisioni sulla ragionevolezza delle scelte legislative, o della continua verificabilità delle stesse in una prospettiva dinamica della società, presentano il comune elemento della esigenza – più o meno consapevolmente avvertita dalla Corte – di dimostrare la controllabilità delle proprie sentenze.

Sulla base delle osservazioni inerenti alla specificità dell'applicazione della Costituzione si può giungere ad un risultato se pur non definitivo, ma che permetta di cogliere uno degli aspetti più importanti della questione e gli ulteriori problemi che pone: il rapporto tra i diversi percorsi argomentativi quando l'oggetto del giudizio di costituzionalità impone una valutazione non solo sui dati di diritto positivo ma sui «fatti» nella loro individualità e capacità di significazione.

Dall'analisi brevemente effettuata si comprende come, in realtà, il discorso comincia ad aprirsi sui problemi connessi alla *giustificazione* delle decisioni della Corte e all'esigenza di contenere gli stessi nel perimetro dell'area giuridica o, almeno, in limine, a quella politica.

Sezione II

1. Il differente ruolo degli elementi fattuali nel sindacato di ragionevolezza e nel sindacato di discrezionalità, premessa la possibilità di individuare caratteristiche autonome.

Avendo precisato la separatezza degli ambiti di operatività dei fatti nel giudizio di legittimità delle leggi, sembra ora opportuno verificare se gli elementi fattuali si pongano come oggetti differenti nel giudizio di ragionevolezza ovvero siano delle *chiavi* per consentire un controllo sulla

discrezionalità del legislatore⁴⁸, specialmente nella misura in cui il richiamo ad essi, sia riferibile agli *elementi di fatto* presupposti dalla legge, ovvero, alle prognosi legislative.

Senza voler indagare l'ampio tema del significato di discrezionalità legislativa⁴⁹, bisogna ricordare la definizione che ne ha dato la Corte e la dottrina⁵⁰ ovvero di spazio di libertà per il legislatore e la conseguente insindacabilità delle sue scelte⁵¹ per rinvenire possibili collegamenti su

⁴⁸ Resta sempre efficace l'insegnamento di A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società* 1975, cit. p. 575, per cui «non v'è dubbio che l'indagine sulla ragionevolezza trascina il giudice costituzionale ai limiti del merito della legislazione, inducendolo nella tentazione di immischiarsi, o quanto meno nell'errore di ingerirsi, nelle scelte politiche del legislatore. Il metro per definire la linea di demarcazione tra contraddizione e discriminazione consentita, tra misure pertinenti e impertinenti, adeguate e inadeguate, è estremamente difficile da operare, e va impiegato con straordinaria prudenza».

⁴⁹ AA.VV., *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (1988-1998), a cura di M. Scudiero, Jovene, Napoli 1999.

⁵⁰ L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 314

⁵¹ Ad essere posta in discussione, per l'effetto, era l'applicabilità del concetto mutuato dalla dottrina amministrativista di discrezionalità legislativa, intesa come vincolo nel fine, ad un'attività tendenzialmente libera. Sulla considerazione della legislazione quale attività *funzionalizzata* si rinvia a F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano 1970, pp. 616. L'Autore ritiene che essa costituisca uno sviluppo della Costituzione (in quanto attività vincolata alla sua realizzazione), al di là di finalità puntuali attribuite alla legge da singole norme costituzionali.

Nel senso di un vincolo all'attività legislativa regionale, una recente pronuncia della Corte, la n.2 del 2010 resa in via principale nel giudizio di legittimità costituzionale di alcuni commi dell'art.1 della legge della Regione Lazio 11 agosto 2008, n. 14 (Assestamento del bilancio annuale e pluriennale 2008-2010 della Regione Lazio). Secondo la Consulta, le misure finanziarie contenute nel comma 69 della legge predetta e consistenti nella previsione tanto di «forme di incentivazione economica per la mobilità volontaria», quanto di «meccanismi di incentivi all'esodo» del personale del comparto

come il sindacato della Corte, normalmente qualificabile in termini di *self-restraint*, assuma tutt'altra fisionomia ogni volta che il giudizio possa essere condotto sulla base di *fatti* certi e difficilmente controvertibili, strettamente collegati alla *ratio* della legge⁵², soprattutto, quando quest'ultima disciplini l'esercizio di diritti e libertà⁵³.

sanità - si presentano, innanzitutto, «non coerenti rispetto all'obiettivo - pur dichiaratamente perseguito - del rientro nell'equilibrio economico finanziario previsto dall'accordo di cui all'art. 1, comma 180, della legge n. 311 del 2004. Le stesse, inoltre, essendo adottate «in difetto di qualsiasi previsto coordinamento con i poteri a tal fine attribuiti al nominato commissario ad acta», risultano effettivamente destinate a sovrapporsi a questi ultimi. Ricorrono, dunque, i denunciati vizi di irragionevolezza intrinseca e di violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione, che impongono la declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 97 Cost.»

⁵² La Corte è solita rilevare, con riferimento al profilo del tipo di intervento richiestole, la manifesta inammissibilità o la inammissibilità delle questioni se dovuta alla mancanza di una soluzione logicamente necessaria ed implicita nello stesso contesto normativo ove, quindi, resta possibile una pluralità di soluzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore, *ex plurimis* sentenze nn. 198, 259 e 266 del 2009.

⁵³ Un eloquente esempio è rinvenibile nella sentenza della Corte costituzionale n.80/2010 per cui il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità. Si deve tuttavia riaffermare che, sempre secondo la costante giurisprudenza Corte, detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n. 226 del 2000)». La dichiarazione di illegittimità di due commi dell'art.2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008), nella parte in cui fissava un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno e nella parte in cui escludeva la possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente. In questo caso, risulta, pertanto, evidente che le

Ebbene, in siffatte ipotesi, si crea la necessità, di distinguere due livelli di giustificazione della decisione, onde evitare di pervenire alla conclusione che la Corte eserciti un sindacato di merito sulla discrezionalità del legislatore, in sé precluso dall'art. 28 della legge 87/53 per cui : «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

E in effetti, collocando *giustificazione interna* si verifica se il giudizio segue logicamente dalle premesse addotte per la motivazione, mentre oggetto della *giustificazione esterna* è la correttezza di queste premesse.

Tale distinzione emerge con chiarezza relativamente allo strumento del *tertium comparationis* così come concepito dalla *giurisprudenza*, più o meno costante, della Consulta, specialmente nei non rari casi in cui vi è la necessità di rapportare in termini logici l'uguaglianza, e il relativo giudizio si fonde con quello di ragionevolezza, nella misura in cui quest'ultimo contribuisce a definire come giustificata o ingiustificata una disparità di trattamento.

In queste ipotesi, infatti «il raffronto tra fattispecie normative, finalizzato a verificare la ragionevolezza delle scelte legislative, deve avere ad oggetto fattispecie omogenee, risultando altrimenti improponibile la stessa comparazione»⁵⁴.

norme impugnate hanno inciso proprio sul nucleo indefettibile di garanzie indicato dalla Corte e assunto quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore. La scelta operata da quest'ultimo, in particolare quella di sopprimere la riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato, non ha trovato alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali viene reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave.

⁵⁴ Cfr. Ordinanza Corte cost. n. 41 del 2009 ove è stata ravvisata eterogeneità tra il reato di reingresso dello straniero già espulso ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998 e quello dell'indebita inosservanza dell'ordine di allontanamento dal territorio nazionale impartito dal questore.

2. Gli elementi fattuali nel giudizio di ragionevolezza e il *tertium comparationis* quale iter logico-argomentativo per sindacare la discrezionalità del legislatore.

Si è cercato di dimostrare, riportando alcune decisioni sul tema, un uso strettamente *interpretativo* del criterio del *tertium comparationis* sia idoneo, di per sé, a fondare una decisione di legittimità della disposizione oggetto del giudizio di costituzionalità.

In questa parte del lavoro si cercherà di ripercorrere le tappe che hanno legato, e legano, il giudizio di ragionevolezza al sindacato sulla *discrezionalità* e i reciproci rapporti con i fondamenti della teoria dell'argomentazione giuridica, in specie nelle logiche di giustificazione delle decisioni relative alla collocazione degli elementi di fatto.

In altre parole, l'oggetto del lavoro si stringe intorno all'uso meramente *argomentativo* del controllo di legittimità della legge, sulla base degli elementi di fatto e sulle prognosi postume; si tratterebbe di una forma di argomento di per sé *inidonea* a fungere da substrato normativo della motivazione della sentenza.

In altri termini ciò che si sostiene, è che un vero e proprio sindacato di ragionevolezza sugli elementi di fatto esula dal controllo – reale o fittizio che sia – sulla discrezionalità del legislatore ma può (e deve) avere luogo solo nelle forme e negli schemi giuridici del giudizio trilatero di ragionevolezza, proponendo così il *tertium comparationis* come fenomeno di integrazione fattuale del parametro di costituzionalità che opera a livello di giustificazione estrinseca.

Invero, ciò che più rileva è che per il tramite della giustificazione di secondo livello, (cd. ragionevolezza estrinseca alla luce del *tertium*) la Corte si astiene da un *controllo sul merito* della legge alla luce del criterio di ragionevolezza.

Procedendo con ordine è possibile, preliminarmente, sostenere che già in Assemblea Costituente era emerso lo stretto nesso esistente tra sindacato di merito, eccesso di potere e ragionevolezza⁵⁵; successivamente la possibilità di un controllo sul cd. vizio di eccesso di

⁵⁵ Si legga l'intervento di M. Ruini, in *La Costituzione*, seduta pomeridiana del 28 novembre 1947, Roma, 1970, Vol. V, pp. 4233 ss.;

potere legislativo è stata poi, come detto, definitivamente escluso dall'art 28. della legge n. 87/53⁵⁶.

L'evoluzione delle tematiche e dei concetti di ragionevolezza e discrezionalità si è raffinata nella giurisprudenza della Corte⁵⁷, a riprova della delicatezza incessantemente avvertita della tematica, fino a spingersi verso sofisticate teorizzazioni provenienti dall'interno dello

⁵⁶ Legge 11 marzo 1953, n. 87 *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, art. 28. «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.»;

⁵⁷ Se nella sentenza n. 3/57 veniva sancito il principio di uguaglianza come «trattamento eguale di condizioni eguali e trattamento diseguale di condizioni diseguali» nel contempo si assisteva ad un progressivo espandersi del criterio di ragionevolezza e la Corte, almeno formalmente, dichiarava di non voler giudicare dell'eccesso di potere legislativo, cfr. sentenze n. 37/69, nn. 183, 247, 373,423 del 1992., A. RUGGERI A. SPADARO *Lineamenti di giustizia costituzionale*, p. 106;

stesso organo⁵⁸, ultima la distinzione del Presidente Gustavo Zagrebelsky nel 2003⁵⁹, per il quale:

«L'art. 3 Cost. compare, quale parametro, nella maggior parte delle ordinanze di rimessione. Attraverso la sua invocazione, si lamenta quello che è stato definito il vizio della arbitrarietà della legge. Conseguenza dei limiti generali che attengono al modo stesso di percepire il diritto e la funzione legislativa, in esso rientrano, si è detto, tutti i casi di “leggi contro la natura del diritto”.

Analoghi criteri di valutazione della costituzionalità delle leggi si rinvengono in tutti i sistemi di giustizia costituzionale. All'interno di questo tipo di vizio si possono distinguere diversi modi d'essere del vizio di arbitrarietà, cui conseguono differenti tecniche di giudizio, come mostra la giurisprudenza costituzionale dell'anno 2003. La prima manifestazione dell'arbitrarietà è l'irrazionalità: l'imperativo di razionalità impone al legislatore di equiparare il trattamento giuridico di situazioni analoghe e, al contrario, di differenziare il trattamento delle situazioni diverse. Il giudizio assume uno schema ternario, ove accanto alla norma da valutare e al parametro costituzionale costituito dall'art. 3 si colloca il *tertium comparationis*, ovvero la norma che, usata come

⁵⁸ Per la bipartizione fra l'onere di coerenza e l'onere di ragionevolezza nel sindacato cd. di merito, si veda la relazione del Presidente Casavola del 1994, il quale ha avvertito per primo un'esigenza di sistemazione del concetto «Ma, venendo al significato generale del principio d'eguaglianza, deve osservarsi come la Corte, tuttora priva di esaurienti contributi dottrinali, non abbia definitivamente delineato i rapporti tra l'onere di coerenza e quello di ragionevolezza che esso impone al legislatore. Il primo comporta un controllo volto a stabilire se tra le varie manifestazioni normative nella stessa materia (*tertium comparationis*) e quella denunciata esista una congruità dispositiva o, invece, vi siano contraddizioni insanabili. Il secondo prescinde da raffronti con termini di paragone (i quali, al più, assumono solo un valore sintomatico), per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi, inferendo una contrarietà a Costituzione solo quando non sia possibile ricondurre la disciplina ad alcuna esigenza protetta in via primaria o vi sia una evidente sproporzione tra i mezzi approntati ed il fine asseritamente perseguito.»;

⁵⁹ Riproponendo la distinzione accolta nel suo *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1977, pp. 147 ss.;

pietra di paragone, consente di cogliere la “rottura” logica dell’ordinamento. Il controllo sull’irrazionalità della legge si distingue da quello sull’irragionevolezza. Anche il controllo sull’irragionevolezza presuppone differenze di disciplina giuridica, e quindi l’esistenza di un termine di paragone. Ma, diversamente dal controllo sulla irrazionalità, nel controllo di irragionevolezza entra un principio costituzionale di sostanza, il quale consente di apprezzare la rottura dell’ordinamento costituzionale operata eventualmente dalla legge oggetto del giudizio.

Molteplici decisioni sono riconducibili a questi due tipi di giudizio. Nella prima categoria, possiamo collocare le pronunce secondo le quali le differenziazioni denunciate si giustificano, o si censurano, in ragione della disomogeneità, o della omogeneità, delle situazioni messe a raffronto [...] Nella seconda categoria di giudizi si possono collocare le decisioni nelle quali la differenziazione trova (o non trova) una giustificazione in specifici valori costituzionali che si ritengano degni di tutela e sono invece ignorati dal rimettente [...] Un terzo livello di sindacato è stato definito giudizio “di giustizia” o di “intrinseca irragionevolezza”. Questo giudizio prescinde dal carattere ternario, dalla comparazione tra norme, per assumere la forma del controllo della adeguatezza della legge rispetto al caso regolato. [...]»

Una premessa in tale senso risulta irrinunciabile lì dove si consideri che una valutazione sul *fattuale* è concettualmente attigua ad almeno due delle tre fasi che distinguerebbero, secondo un recente tentativo di periodizzazione della giurisprudenza costituzionale in materia⁶⁰, l’uso del principio di ragionevolezza: in particolare, di più frequente impiego è stata la definizione sulla base della quale il giudizio di costituzionalità può incidere sulla discrezionalità legislativa allorché il suo esercizio abbia avuto esiti censurabili come «irragionevoli»⁶¹ e l’irragionevolezza non può non essere una valutazione che trovi riscontri nella realtà empirica.

Nella *prima fase*⁶², in cui la Corte fa ricorso all’articolo 3 della Costituzione richiamando il principio di non contraddizione⁶³ e di

⁶⁰ Per la periodizzazione cui si fa riferimento, si veda A. RUGGERI A. SPADARO, *Lineamenti*, op. cit. p. 107;

⁶¹ Sentenze nn. 7, 21, 220, 322 e 442, ed ordinanze nn. 218, 230, 350 e 453, relative all’anno 2005;

⁶² Dalla sentenza n. 46/59 al 1980, in particolare la sent. 53/58 dove per la prima volta viene richiamata la non contraddittorietà interna della legge e la 46/ 59 dove sono utilizzati esplicitamente i termini «patente irragionevolezza» e «manifesto arbitrio»; ;

congruità mezzi-fini⁶⁴; la *seconda*⁶⁵, in cui la Corte ricorre in modo esteso al cd. criterio del cd. *tertium comparationis*⁶⁶ dando vita ad un giudizio trilatero - che rende rapportabile in termini logici l'uguaglianza - e verte su : 1) una norma di legge impugnata, 2) l'articolo 3 Cost. più eventuale altra norma costituzionale e, 3) norma diversa da quella impugnata, quale necessario termine di raffronto per accertare la disparità di trattamento; la *terza* fase – dal 1988 ad oggi - vede, per un verso, affermarsi l'uso

⁶³ Invero la 46/59 richiama una massima elaborata già nella sentenza n. 2/57 e concernete il principio di non contraddizione: «questo principio non va inteso nel senso, che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale. Ma lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da regolare non può non essere riservata alla discrezionalità del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma del citato art. 3.»;

⁶⁴ Al riguardo, significativa è la sentenza n. 78/70 ove si statuisce che alla Corte «é consentito di verificare lo scopo di una legge quando si contesta la legittimità di quest'ultima nel confronto di una norma costituzionale che vincola ad un fine la discrezionalità legislativa; ed alla Corte é anche consentito di vagliare il rapporto di congruità tra mezzi e fini, per salvaguardare la libertà garantita contro interventi arbitrariamente restrittivi (Corte cost. 7 febbraio 1963, n. 12) o contro interventi che praticamente annullano il diritto primario inerente alla libertà stessa (Corte cost. 3 aprile 1963, n. 39)».

⁶⁵ Dalla sentenza n. 10/80 al 1988.

⁶⁶ L. PALADIN, *Corte Costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979- dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, spec. pp. 657 ss.; ma l'idea che il giudizio di uguaglianza sia essenzialmente trilatero, debba cioè riferirsi necessariamente a termini di paragone tratti della legislazione ordinaria, entra in crisi quando la stessa Corte costituzionale si pone il dubbio se il termine di paragone sia idoneo perché irragionevole in sé, secondo quindi una concezione della ragionevolezza ormai svincolata dal sistema legislativo.

simbolico dell'art. 3 Cost.⁶⁷ e l'autonomizzazione del giudizio di ragionevolezza da quello eguaglianza, e per altro verso il suo avvicinarsi al giudizio di merito. E' oltremodo evidente come il tema concernente il controllo sulla discrezionalità legislativa, sul piano sostanziale, si interseca con il giudizio di ragionevolezza e delle attribuzioni tra Corte e Parlamento⁶⁸.

«Ad affermazioni non dissimili, e per alcuni versi ancor più intrise di elementi valutativi, conduce l'analisi della giurisprudenza costituzionale

⁶⁷ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, op. cit, p. 75.

⁶⁸ L'intersezione tra i due piani non può non risolversi che in un accrescimento dei poteri della Corte nel determinare limiti al potere legislativo. Infatti, formalmente, al principio di eguaglianza e di ragionevolezza è stato «assegnato prevalentemente un significato oggettivo ritenendo che tale norma fondamentale, più che conferire situazioni giuridiche di vantaggio o di svantaggio, costituisca limite ultimo e generale alla discrezionalità del legislatore e nel contempo metro minimo di riesame delle sue scelte.» cosicché «l'eguaglianza è ormai da tempo recepita come principio di chiusura di ogni manifestazione della funzione legislativa che ancora a coerenza o a ragionevolezza». In realtà, coerenza e ragionevolezza corrispondono a diversi livelli di discrezionalità del legislatore e, sebbene il metro della coerenza sia stato raccomandato da quanti erano preoccupati per le possibili sovrapposizioni di scelte operate dai giudici costituzionali a scelte compiute dal Parlamento, non è detto che l'adottarlo sempre e comunque si risolva in riesame meno penetrante o meno sconvolgente dell'altro. Resta quindi affidato alla *virtus* del Collegio o, se si preferisce, al suo *self restraint* modulare il giudizio d'eguaglianza su questo o su quel terreno. Questa è tensione tra Consulta e Parlamento che risulta dalle *Relazioni sulla Giustizia Costituzionale* nel 1992,1993,1994, anni della Presidenza Casavola. Un diverso punto di vista, meno «provocatorio» sembra essere stato adottato dal Presidente Valerio Onida «Il principio di ragionevolezza viene tradizionalmente inteso nella specifica accezione di ragionevolezza-razionalità. E sotto tale profilo il controllo della Corte costituzionale verte non sulle scelte operate dal legislatore, quanto sulla ragionevolezza delle medesime, con la conseguente possibilità di verificare che la decisione assunta dal legislatore di differenziare o parificare determinate fattispecie astrattamente configurate non sia espressione di mero arbitrio ma abbia dietro di sé una ragione giustificatrice coerente con l'intrinseca *causa legis*.» *La giustizia costituzionale nel 2004*.

proprio in ordine ai modi di esercizio della «discrezionalità legislativa», come risulta fra l'altro, dalle relazioni annuali dei suoi presidenti⁶⁹.

Un esempio di «bilanciamento» tra esigenze, pressioni (comunque tra elementi fattuali) provenienti dal mutamento dei rapporti sociali e l'argomento della discrezionalità del legislatore, è palese nella sentenza n. 138 del 2010 in tema di unioni omosessuali, ove a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, resta per la Corte, decisivo il rilievo che anche la legge non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna. Ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.⁷⁰

A riprova della tenuta della politica interpretativa della Consulta, si ritiene opportuno riportare una sintesi del passaggio del paragrafo intitolato *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità legislativa* della Relazione sulla Giustizia Costituzionale nel 2005 elaborata dal Presidente Annibale Marini, ove si legge a chiare lettere che nell'operare il sindacato di legittimità costituzionale, è pur vero che la Corte incontra il limite derivante dall'impossibilità di incidere sul «merito» delle scelte legislative⁷¹ e che la «discrezionalità» del legislatore rappresenta un

⁶⁹ «La Corte ha avuto cura di non sovrapporre in alcun modo le proprie scelte a quelle del legislatore, ma non può sfuggire al controllo di quel minimum di razionalità necessario a dare fondamento a tali scelte, mancando la quale esse appaiono vere e proprie discriminazioni » L. ELIA, *La Giustizia costituzionale nel 1982*, in *Giur. Cost.* 1983, I, p. 694.

⁷⁰ Cfr. sent. Corte cost. n. 138/2010, «Ulteriore riscontro di ciò si desume, come già si è accennato, dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso.»

⁷¹ In tal senso la Corte si astiene dal giudicare nel merito questioni che, per il loro petitum, si risolvano nella richiesta di esercitare una funzione che si inserisce nell'ambito della discrezionalità legislativa, Altre volte, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione, non potendo «emettere la pronuncia di incostituzionalità che le [veniva] sollecitata», giacché la soluzione dei problemi posti dal giudice a quo competevano al

argine al giudizio di costituzionalità, è però anche vero che questo *self restraint* deve essere superato nelle ipotesi in cui le scelte operate a livello politico ridondino in vizi di legittimità del prodotto legislativo. Onde dare consistenza al proprio margine di azione, la Corte utilizza varie formule, sostanzialmente equivalenti *non manifesta irragionevolezza, non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà*⁷², *corrispondenza ai canoni di coerenza e di ragionevolezza*⁷³.

È evidente che, per operazioni così delicate dove sono in gioco gli equilibri stessi del sistema, la Corte non perde di mira che, in ogni caso, il

legislatore «nell'ambito della sua discrezionalità» Cfr. sentenza n. 109/05. Del pari, ha escluso, con la pronuncia processuale, che la Corte potesse rendere «una sentenza additiva dal contenuto non costituzionalmente obbligato, tale da comportare l'introduzione di un elemento estraneo all'impianto normativo esistente e che perciò presuppone[va] l'esercizio di valutazioni discrezionali» esulanti dalle sue funzioni. Cfr. sentenza n. 470/05.

⁷² La «non manifesta irragionevolezza» è stata posta come limite nelle sentenze nn.162/09, 309/08, 231/07; la «non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà» è richiamata nelle ord. nn. 213 e 382/05, mentre nella ordinanza n.144/09 in materia di imposte, si è fatto riferimento alla «non palese arbitrarietà o irragionevolezza», significativamente in materia di leggi provvedimento la Corte nella sentenza 137/09 ha ricondotto la discrezionalità legislativa «entro limiti non solo specifici, qual è quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso, ma anche generali, e cioè quello del rispetto del principio di ragionevolezza e non arbitrarietà», con la conseguenza che tali atti sono soggetti «ad uno scrutinio stretto di costituzionalità, essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore».

⁷³ In particolare, alla «corrispondenza ai canoni di coerenza e di ragionevolezza» ha fatto richiamo l'ordinanza n. 452/05; D'altro canto, costituisce consolidato orientamento della Corte porre quale condizione per lo scrutinio sulla discrezionalità legislativa la conflittualità manifesta con il canone della ragionevolezza, rappresentandone un uso distorto o arbitrario, analiticamente : «sono sindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale le *scelte normative palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate, ovvero contrastanti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, che si traducono in un uso distorto della discrezionalità*». *Ex plurimis* ord. 249/07, sent. 325/05.

diritto deve restringere il più possibile gli spazi dell'arbitrio e della prevaricazione nella vita sociale e affinché ciò si compia vanno poste sul tappeto sia la possibilità che l'autorità - dalla quale l'intenzione proviene - scelga una soluzione irragionevole e che questa sia ingiusta, sia la possibilità che l'accettazione del comando e l'obbedienza ad esso derivino non dalla giustificazione dell'autorità sul piano della ragionevolezza, ma su quello della forza⁷⁴. Infatti alcune scelte operate dal legislatore, sono state ritenute affette da *irragionevolezza cd. intrinseca*⁷⁵.

⁷⁴ Sul punto cfr. J. RAZ, secondo il quale si dovrà compiere una scelta tra il bene che l'esistenza di un'autorità legittima permette, ciononostante, di raggiungere e il male che l'obbedienza ai suoi comandi produce. Questa scelta è affidata all'autonomia morale dei cittadini. J. RAZ, *Legitimate Authority*, ora in ID., *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979, pp. 3-27;

⁷⁵ Si segnala come esempio, la sentenza n. 274/05 concernente le scelte fatte dal legislatore nella conformazione degli istituti processuali per le controversie tributarie: ad avviso della Corte, la compensazione *ope legis* delle spese nel (caso di cessazione della materia del contendere) rendendo inoperante il principio di responsabilità per le spese del giudizio si traduce «in un ingiustificato privilegio per la parte che pone in essere un comportamento di regola determinato dal riconoscimento della fondatezza delle altrui ragioni, e, corrispondentemente, dal parimenti ingiustificato pregiudizio per la controparte, specie quella privata, obbligata ad avvalersi, nella nuova disciplina del processo tributario, dell'assistenza tecnica di un difensore e, quindi, costretta a ricorrere alla mediazione (onerosa) di un professionista abilitato alla difesa in giudizio» Si traduce, cioè, in una *intrinseca irragionevolezza*.; Ancora in ambito tributario, per quanto specificamente attiene al diritto sostanziale, la sentenza n. 21/05 ha evidenziato che la previsione di aliquote differenziate per settori produttivi e per tipologie di soggetti passivi rientra pienamente nella discrezionalità del legislatore, se sorretta da non irragionevoli motivi di politica economica e redistributiva. Nella specie si è constatato il ragionevole intento del legislatore delegato di garantire una certa continuità tra il precedente e il nuovo regime dell'IRAP, soprattutto in termini redistributivi e di gettito[...] Analogamente, sono rimesse alla discrezionalità del legislatore sia l'individuazione delle situazioni significative della capacità contributiva sia la determinazione dell'entità dell'onere tributario, con il limite della

3. Percorsi interpretativi quando si tratta di «fatti»: l'incostituzionalità motivata dall'irragionevolezza e l'incostituzionalità motivata dalla violazione del parametro fattuale interposto.

In effetti, gli studi della dottrina si sono soffermati sulla necessità di approfondire nuove tecniche di rapportarsi ai princìpi costituzionali, di rendere più rigoroso - per quanto possibile - il ragionamento basato su princìpi e su diritti, comunemente ritenendo che solo così si potranno stabilire le condizioni di legittimità dell'operato del giudice costituzionale; non potendo negare la singolare struttura degli enunciati costituzionali, del processo intellettuale di argomentazione dei *fatti*, nei giudizi di ragionevolezza sui presupposti della legge, sul bilanciamento dei princìpi e sull'anacronismo, nonché nelle ipotesi di stretta «interposizione fattuale», ove si assiste ad una vera e propria operazione di (ri)costruzione del parametro costituzionale⁷⁶.

La difficoltà pratica di credere che tutte le operazioni della Corte costituzionale siano ispirate da regole volte alla massima razionalizzazione o, al contrario dell'inesistenza di qualsiasi meccanismo di controllo delle valutazioni dell'interprete ci spinge a sostenere la tesi di una teoria policroma dell'interpretazione costituzionale, e a evidenziare che, in alcuni casi l'esigenza della Corte di rappresentarsi come giudice si identifica nella motivazione «stretta» della decisione (motivazione come garanzia di neutralità rispetto al potere politico) – casi nei quali rientrano

non arbitrarietà o irrazionalità della scelta legislativa. Date queste premesse, quanto emerge, tra l'altro, nella sentenza n. 220/05 è che, in ogni caso, il giudizio sulla ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore «non può non spingersi alla valutazione circa la giustificatezza dei parametri concretamente individuati nella disciplina di trattamenti economici».

⁷⁶ Da questo punto di vista, come è stato rilevato da Alexy, il concetto di diritto costituzionale di ragionevolezza rappresenterebbe solo una struttura formale e in quanto tale suscettibile di essere «riempita di sostanza [...] sul piano sostanziale si trovano gli argomenti determinati da dottrine religiose, ideologiche e filosofiche». R. ALEXY, *Ragionevolezza nel Diritto Costituzionale* in AA.Vv., *La ragionevolezza nel diritto*, cit p. 155, *Ibidem*;

a pieno titolo tutte le decisioni che, in qualche misura, implicherebbero un'alterazione del ruolo della Corte costituzionale.

E quando la decisione di illegittimità costituzionale viene fatta scaturire dall'utilizzazione di un parametro fattuale, i giudici della Consulta, certamente, compiono un'operazione insolita; tanto più se questa decisione, si pensi, è volta a dichiarare l'illegittimità di un decreto legge per l'assenza dei requisiti di straordinaria necessità o urgenza.

In questi casi, dunque, si tratterà di un giudizio sui presupposti fattuali del decreto legge⁷⁷, «alla stregua di indici intrinseci ed estrinseci alla disposizione impugnata, se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere»⁷⁸.

In simili circostanze, il ragionamento dei Giudici costituzionali non differisce dal procedimento intellettuale del giudice comune, ed è molto simile a quello del giudice penale che valuta i presupposti oggettivi della fattispecie al fine di ascrivere la responsabilità penale per un fatto al suo autore.

3.1. Il controllo attraverso la motivazione da parte della comunità degli interpreti sulle decisioni che implicano un'alterazione del ruolo e sull'argomentazione del canone della ragionevolezza.

Difettando una regola generale di riconoscimento attraverso la quale ricomporre in un unico sistema gli elementi fattuali e normativi del parametro di costituzionalità, resta, dunque, da verificare in che modo e

⁷⁷ Celeberrima è la recente decisione della Corte costituzionale del 2007, la n. 171 ove il Giudice delle leggi tenta di far recuperare al decreto-legge il proprio ruolo naturale, eccezionale e derogatorio, dichiarandone l'illegittimità in caso di evidente carenza del caso straordinario di necessità e urgenza: «l'utilizzazione del decreto-legge - e l'assunzione di responsabilità che ne consegue per il Governo secondo l'art. 77 Cost. - non può essere sostenuta dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta», cit. punto n. 6 del *considerato in diritto*.

⁷⁸ *Ibidem*.

con quali strumenti, la Corte può - misurato il grado di apertura⁷⁹ degli enunciati costituzionali - intervenire su di essi.

In questa prospettiva occorre accennare alle peculiarità dell'interpretazione costituzionale⁸⁰ e mettere a confronto criteri interpretativi che possono svolgere da criteri guida nella risoluzione di controversie inerenti ai «fatti» e gli strumenti di controllo, particolarmente incisivi, di cui dispone la comunità degli interpreti a fronte delle decisioni della Corte costituzionale sulla ragionevolezza in rapporto alla discrezionalità del legislatore e al bilanciamento dei principi, che trova la propria ragion d'essere, precipuamente in relazione ai casi concreti e alla realtà fenomenica.

Sul primo aspetto, ovvero sul binomio ragionevolezza/discrezionalità del potere legislativo⁸¹, non si tarda a capire come i fatti siano spesso sotto i riflettori della Corte soprattutto nel sindacato sui presupposti fattuali della legislazione da verificare quanto alle scelte per evitare che la valutazione delle diversità di situazioni svuoti in parte il contenuto precettivo del principio di eguaglianza, il quale, come è noto, ha

⁷⁹ Come è stato autorevolmente sostenuto: «L'impalpabilità concettuale del parametro positivo e la sua naturale apertura a favore di definizioni storicamente condizionate rendono inevitabile (e, se correttamente conseguito, non deprecabile ma, anzi, apprezzabile) questo esito. La posizione degli atti nel sistema non è dunque, astrattamente prestabilita e, perciò, fissa: varia, piuttosto, in ragione delle loro norme nel rapporto col fatto (non sono, come comunemente si pensa, le norme a derivare la loro condizione complessiva dagli atti, vale a dire dalla forma di questi, o, ad esser più precisi, esclusivamente da essa)» A. RUGGERI, *Fatti e norme*, op. cit. p.40-41.

⁸⁰ Tra i classici sul tema cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli editore, Milano 1982; C. PINELLI, *Il dibattito sulla interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti Paladin*, vol. III; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004; e recentemente, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova 2009.

⁸¹ Sul diverso atteggiarsi delle interazioni tra la discrezionalità e i casi concreti cfr. I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1309 ss.

rappresentato nella prima giurisprudenza costituzionale, l'appiglio normativo dell'ormai onnicomprensivo principio di ragionevolezza⁸².

Ad ogni modo, mettere in luce i presupposti che portano a ricondurre ad istituti processuali tipici del giudizio di costituzionalità, diacronicamente, lo scarto tra la ragionevolezza generale ed astratta della norma e la ragionevolezza-razionalità della sua applicazione concreta, nonché le esigenze di un'integrazione fattuale del parametro, rimanda a valutazioni complesse e riguardanti non soltanto la somiglianza o la differenza della fattispecie ma anche – usando la terminologia di Alexy – a criteri di proporzione, idoneità, adeguatezza di questa rispetto a quella. Ed è in tale prospettiva che diventa preliminare sezionare il processo che conduce alla motivazione della decisione.

Conclusivamente ci rende consapevoli della centralità del concetto di uditorio o, per usare un termine più problematico, del contesto assiologico (nel caso del bilanciamento dei valori) e fattuale di riferimento, al fine di valutare la giustizia sostanziale di una decisione attraverso la sua controllabilità formale.

Tra essi sicuramente un ruolo centrale è svolto dal riscontro intersoggettivo che si produce e si chiarisce all'interno di un dialogo interpretativo per cui il comprendere è sempre il punto di arrivo di un procedimento dialettico, tra la Corte i giudici comuni e tutta la "società degli interpreti della Costituzione" - non ultimo il legislatore - cui l'organo costituzionale dovrebbe assicurare e rendere intelligibile questo onere della verificabilità intersoggettiva delle proprie scelte.⁸³

Il dato certo è che la Corte assume una posizione privilegiata all'interno della «comunità interpretante» e circoscrive in uno spazio volutamente non isonomico l'autorevolezza delle sue interpretazioni.

Dal punto di vista strettamente giuridico, infine nessun approccio ermeneutico può prescindere dalla specificità dell'assiologia costituzionale, può cioè non integrare i due momenti su cui si discorre

⁸² L'insegnamento è di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, CEDAM, Padova 1975 cit. p. 715.

⁸³ Elaborando un linguaggio procedurale più preciso, si pensi ai «protocolli» *balancing tests* della Corte Suprema o come anche è stato proposto - ma sul punto si sono concentrate non poche perplessità - strutturando un più preciso e vincolante sistema di valori di riferimento (si pensi alla *Wertordnung* della Corte tedesca). Cfr. A. CERRI, *I modi argomentativi del sindacato di ragionevolezza delle leggi con particolare riguardo alla giurisprudenza americana e tedesca*, in *Voce Ragionevolezza delle leggi*, op. cit. p. 6;

qualora si intendano per «fatti» le istanze veicolate dai singoli casi concreti⁸⁴: quello della progressiva osmosi tra il metodo sistematico e quello giurisprudenziale, anche grazie ai contributi degli autori che attribuiscono una luce nuova al ruolo del cd. precedente giudiziario nella teoria dell'argomentazione, e l'interdipendenza dei metodi interpretativi e argomentativi nel sindacato di ragionevolezza in senso lato, pur restando fermo il bisogno di mantenerli ontologicamente distinti, con tutte le difficoltà che ne derivano. Restando all'interno dei confini disegnati dal *principio di ragionevolezza* ci si è chiesti se il ragionamento della Corte fosse inquadrabile in un modello teorico argomentativo *predefinito*. È naturale che la risposta non potrà essere esaustiva, né particolareggiata ma, in fondo, gli strumenti per tratteggiare le coordinate entro le quali accennare una proposta ci sono: lo *stylus judicandi* - esemplificato dal modo di ricorrere agli argomenti dell'intenzione del legislatore e/o del costituente per individuare i momenti cruciali di contatto tra la discrezionalità del legislatore e i fini costituzionalmente imposti - che emerge dalle tecniche della giustificazione della motivazione, le modalità attraverso cui la Corte si rapporta - nella caleidoscopica significanza degli enunciati costituzionali - alla «comunità aperta di interpreti»⁸⁵ fisiologicamente divisa da presupposti assiologici diversi, piuttosto che coesa intorno ad un'unica visione legittimante.

Questi elementi, combinati tra loro, possono rappresentare un unico reagente per valutare se la *motivazione sia sempre da intendere come giustificazione razionale della decisione* (specialmente nelle decisioni che involgono le acquisizioni della scienza o le questioni eticamente controverse) e permette di rinvenire nei *giudizi sulla ragionevolezza*⁸⁶ quella complessità edificante che, penetrando nel merito e nel contenuto della disposizioni scrutinate, ricostruisce l'assetto formale e sostanziale

⁸⁴ *Infra* Cap. II.

⁸⁵ Su cosa si debba intendere per «comunità di interpreti» e i soggetti che di essa fanno parte cfr. P. HÄBERLE per il quale si tratta di una comunità «aperta e pluralista», *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in «JZ» 1975, p. 297 ss.;

⁸⁶ «Ora è chiaro che, per inserire nel sistema giuridico delle convinzioni, specie se non siano evidenti, occorre una formulazione, una motivazione. Senza la quale il diritto resta qualcosa di apodittico, di distaccato e, diciamo pure, di disumano; e la ragionevolezza diventa una formula vuota, che potrebbe addirittura servire ad eludere la giustizia (si pensi alla ragion di Stato!).». cit. C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, op. cit. p. 1588.

del sistema e, più d'ogni altra decisione, evidenzia due elementi essenziali e complementari degli stati democratici: la *decisione* (dispositivo) e l'*argomentazione* della decisione (motivazione).

La *decisione* di illegittimità proviene da un organo dotato di particolare forza politica, oltre che giudiziaria e, rappresentando un momento di "verticalità" del potere, ha in sé una non secondaria potenzialità di scissione sociale⁸⁷; specularmente s'impone la necessità di un "recupero" del *consenso* - intorno alla *funzione* dell'organo - e di ricomposizione degli equilibri, a fronte del rilievo, autoevidente, che non tutti i cittadini traggono vantaggi dalla declaratoria di incostituzionalità.

La scissione è ancor più palese nei casi in cui il ragionamento dell'interprete fa i conti con situazioni dominate dal cd. *conflitto* tra principi⁸⁸ da bilanciare di fronte alla concretezza di un caso.

⁸⁷ G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, a (cura di) A. Ruggeri, pp. 560-575, cit. p. 560.

⁸⁸ Una precisazione s'impone per quanto concerne le tipologie di ragionamento dei giudici in generale. Il riferimento per una ricostruzione connotata da magistrale chiarezza e completezza è, ancora una volta, a Letizia Gianformaggio. L'Autrice individua tre modelli elaborati nell'ambito di differenti teorie del diritto. 1) il modello deduttivo, secondo cui a) la norma da applicare è «un dato per l'organo decidente, una premessa della motivazione, cioè dell'argomentazione a cui viene ridotto tutto quanto nella motivazione, è ritenuto essenziale; b) la motivazione in diritto per tutto ciò che in essa è ritenuto essenziale, si esaurisce nella individuazione della norma da applicare». 2) Il modello induttivo secondo cui il ragionamento giudiziale si svolge al particolare al generale, e che può essere (è stato) proposto in una duplice versione: una in cui la norma rinvenibile nei testi di legge «viene intesa non come una prescrizione puntuale e rigorosa ma come un fatto, effetto o sintomo o manifestazione di una volontà o di una dinamica di interessi o di una coscienza giuridica diffusa nella società che sono la *ratio* cioè il vero diritto, la vera norma giuridica generale che al giudice spetta ritrovare per poi applicarla al caso»; un'altra in cui «il caso particolare su cui si deve decidere funge da premessa, e da questo si inferisce una norma fondata sulla *ratio* = natura di esso (natura della cosa)». 3) Infine, il modello retorico, più difficile da sintetizzare, poiché «non fornisce alcuna rappresentazione del modo in cui una questione può essere decisa, ma solo del modo in cui un problema può essere posto e formulato»

In circostanze analoghe, per utilizzare un concetto perelmaniano, l'*uditorio* di riferimento della Corte costituzionale è tutt'altro che omogeneo, e l'accostamento degli opposti «orizzonti di attesa», necessita di soluzioni spesso lontane dal processo di applicazione di norme di diritto oggettivo: qui la "soccombenza" non è, insomma, il prodotto di valutazioni che risalgono direttamente all'ordinamento e i fatti non hanno valore, né sono oggetto di prova.

Evidentemente, ciò che si verifica nel giudizio di ragionevolezza sui presupposti fattuali della legge oggetto del sindacato, allo stesso modo, l'alterazione del contesto fattuale può provocare innegabili ricadute sul bilanciamento tra opposte esigenze operato dal legislatore.

Appare chiaro che dinnanzi ai conflitti di principi, non vi sia da compiere una valutazione in termini di incompatibilità *sic et simpliciter*

La mancanza di un vero e proprio modello retorico della decisione giudiziale dipende dal fatto che secondo la retorica «non esistono premesse indiscutibili né procedimenti vincolanti. Indiscutibile è solo ciò che si ritiene non vada discusso; vincolante è ciò da cui ci si sente vincolati, che sia per forza o per intimo convincimento». Tuttavia, due schemi di giustificazione giuridica sono distinti nella stizia»

costituita mediante un ragionamento quasi-logico; e 2) il ricorso ad un "principio" al di là della norma, principio costruito mediante un argomento di dissociazione». Il primo schema può apparire simile al modello deduttivo, ma in effetti «la premessa del ragionamento giuridico secondo il modello retorico non è tanto la norma da applicare, quanto, appunto la regola di giustizia che significa che per realizzare la giustizia si deve applicare la regola: è il principio di uguaglianza, il principio di continuità, l'applicazione del principio di inerzia al sociale, il fondamento di un'ideologia conservatrice». Il secondo schema può apparire simile al modello induttivo, ma in effetti secondo il modello retorico «la premessa del ragionamento [...] non è tanto il caso, o la norma particolare, quanto, la regola secondo cui per realizzare la giustizia non va applicata la regola ma il diritto al di là della regola, cioè il vero diritto e non il diritto apparente: è l'equità, la giustizia sostanziale [...], la giustizia del caso singolo [...]: il fondamento di un'ideologia del mutamento». L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. Scarpelli (a cura di) *La teoria generale del diritto. Modelli e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano 1983, pp. 131- 152, a spec. cit. pp. 139,143, 147, 150-151.

con un parametro costituzionale oppure constatare la violazione di criteri di competenza, la collisione tra principi egualmente costituzionali, compresenti ed esclusivi, è insuscettibili di compromessi, tranne che di fronte all'incidenza della realtà fattuale.

Ed allora, si rivela più che fondata l'osservazione per la quale «è raro che, socialmente, una soluzione si imponga in modo unanime, senza che comunque si giunga a motivarla in maniera coerente, anche se non può del tutto escludersi un caso del genere»⁸⁹.

Ciò, aggiungerei, varrebbe «solo nell'ipotesi, oggi non molto frequente di una rilevante omogeneità, sia pure limitatamente a campi o aree tematiche specifiche, nella base sociale del sistema giuridico»⁹⁰.

Infatti, quando gli spazi di discrezionalità non si annidino «nelle pieghe di testi vaghi e generici di formulazioni equivoche ed ambigue» l'organo decidente non potrà esimersi «dall'assumere, intero su di sé l'onere della giustificazione delle scelte compiute, e la responsabilità correlativa»⁹¹.

Tirando le fila del discorso spetterà alla *comunità degli interpreti*, quel duplice controllo fornito dalla *motivazione della ragionevolezza, specialmente in ordine al rilievo dei «fatti»*.

Infatti, essa opera, innanzitutto, «sulle argomentazioni come tali al fine di confermare o criticare le opinioni dei giudici, specie di quelli supremi come la Corte costituzionale, e di promuovere, se possibile, la massima concordanza fra opinione pubblica e giustizia, con l'ulteriore effetto di consolidare il ricorso ai *contesti umani*, secondo una ragionevolezza sempre più universale.

In secondo luogo, e cioè nell'estrema ipotesi di un insanabile divario fra giustizia e società, al fine di suggerire e promuovere eventuali interventi politici, per eliminare o ridurre le divergenze: vuoi in via particolare, mediante riforme, integrazioni, interpretazioni autentiche ecc. di singole leggi; vuoi, al limite, e in via generale, mediante riforme delle stesse strutture giurisdizionali, per assicurarne il meritato adeguamento alle opinioni ed agli orientamenti generali o dominanti.»⁹².

⁸⁹ Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, p. 120, trad. it. *Logica giuridica e nuova retorica*, a cura di Crifò, Giuffrè Milano, 1979.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ivi*, p. 278;

⁹² C. LAVAGNA, *ibidem*, op. ult. cit.; di opinione contraria è Spadaro, «la motivazione/ argomentazione non può diventare *ricerca di consenso*, ponendosi solo quale giustificazione/

Le valutazioni in proposito, nelle quali un ruolo non secondario è svolto dal punto di vista *soggettivo* dell'interprete, non potranno che essere *filtrate* dal canone della ragionevolezza al fine di epurare la riflessione pratica - specialmente nei casi in cui applicare una norma non significa comporre un sillogismo - dalle condanne di insensatezza dell'emotivismo o comunque dell'irrazionalità sui giudizi di valore.

Lo studio dell'argomentazione si intreccia così con la riflessione pratica in genere, nell'individuazione di modelli di razionalità pratica.

Non è casuale il richiamo ad un'interessante spiegazione dell'importanza della motivazione nell'ottica della filosofia del diritto.

Essa viene data partendo dal concetto aristotelico di *frònhsis*, prudenza o saggezza giudiziaria, che Hans Georg Gadamer⁹³, nell'introduzione al libro VI dell' *Etica Nicomachea* di Aristotele traduce, appunto, come *ragionevolezza*.

La *frònhsis* si caratterizza per il fatto di essere soggetta a deliberazione - deliberazione che nel caso delle sentenze della Consulta è particolarmente intensa essendo un organo che opera nel segno di un "esasperato" attaccamento alla collegialità⁹⁴ tanto da non aver mai permesso l'introduzione del cd. *dissent*⁹⁵, presente in altri ordinamenti, il quale potrebbe rappresentare un'«apertura di più ricche prospettive metodologiche» volte a dimostrare «l'erroneità anche in sede speculativa» delle teorie che relegano i giudizi di valore a fatti irrazionali ed emozionali, «la necessità di porre in luce e "razionalizzare",

spiegazione della decisione adottata in nome di valori legittimati dall'alto e non dal basso, tant'è che destinatario istituzionale dell'atto giudiziale costituzionale non è l'opinione pubblica (che pure costituisce un interlocutore naturale di ogni operatore giuridico)», cfr. A. SPADARO, *La motivazione delle sentenze della Corte come "tecniche" di creazione di norme costituzionali*, in AA.VV *La motivazione*, p. 357;

⁹³ H. G. GADAMER, traduzione del libro VI dell' *Etica Nicomachea* di Aristotele, cit. p. 316;

⁹⁴ Si tratta di collegialità forte sia che si abbia in esame il numero di membri che devono essere presenti affinché si possa deliberare (cd. *quorum strutturale*), sia quanto al numero di membri necessari affinché la deliberazione abbia un esito positivo (cd. *quorum funzionale*), in G. BRANCA, *La collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova 1970.

⁹⁵ Cfr. i saggi raccolti da C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964;

nell'attività interpretativa del giudice, anche quei giudizi che non appartenendo al regno dei concetti normativi, sono stati finora considerati non verificabili e come tali respinti dalla *sedes logica della motivazione*»⁹⁶.

Ad ogni modo il *sapere* ad essa connesso, non è un sapere oggettivo bensì *pratico*, come si sottolineerà nel capitolo successivo del lavoro, al quale si perviene mediante una scelta tra alternative: non giungendo tuttavia ad una verità assoluta, la motivazione di tale scelta risulta della massima importanza atteso che è per il tramite di essa che si realizza il legame tra la realtà giuridica e quella sociale, culturale, politica, economica.

«La motivazione, in altri termini è ciò che rende visibile e funzionale il ponte della ragionevolezza; è il presupposto di ogni altro intervento: scientifico, legislativo, politico, letterario, diretto a consolidarlo o a modificarlo in funzione della fondamentale esigenza di adattare il diritto alla realtà»⁹⁷.

Ma, proprio di fronte al concetto onnicomprensivo di *ragionevolezza*, l'istanza di controllo diventa oltremodo pressante e occorre evitare quella che potrebbe risolversi in una pericolosa affermazione di principio - volutamente paradossale - per cui le decisioni aventi ad oggetto la *ragionevolezza* (del componimento dei valori, delle scelte del legislatore, ecc.) andrebbero risolte - *sic!* - sulla base di un ricorso alla *ragionevolezza*.

⁹⁶ C. MORTATI, *Considerazioni sull'introduzione del dissent nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in *La Giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, pp. 155 ss.; e da ultimi A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazione nel giudizio di incidentalità costituzionale delle leggi*, in *AA.VV Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit. pp. 125 ss. e 152 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti*, op. cit.; In effetti non mancano argomenti favorevoli o contrari all'abolizione del dissent. «Da un canto, ne guadagnerebbe la motivazione resa più lineare e persuasiva [...] inoltre ne sarebbe favorita l'evoluzione della giurisprudenza, i cui mutamenti potrebbero trovare slancio, in una precedenza opinione minoritaria. Dal canto opposto, si paventa il rischio che la pubblicazione dei dissensi, oltre ad esporre i singoli giudici a possibili attentati alla loro indipendenza, possa - ancora più gravemente - sollecitare la complessiva delegittimazione della Corte [...]».*ivi*, p. 65.

⁹⁷ C. LAVAGNA, op. ult. cit. p. 1588.

In altre parole, non è da escludere che anche la *razionalità pratica*, attraverso l'*esaltazione della dimensione fattuale* venga direttamente introitata dal giudice costituzionale fra i parametri del giudizio.

A riprova di ciò e per tenersi lontani da usi distorti, derivanti da una ondivaga nozione di cui sarebbe depositaria la sola Corte - si è sostenuto che la ragionevolezza nel giudizio costituzionale opera ad un primissimo livello come *precomprensione* e, se tale rilievo può essere condiviso, il problema si stringe sull'acquisizione di adeguate tecniche di controllo razionale della motivazione della decisione, *principaliter* della precomprensione stessa, cioè di quel meccanismo conoscitivo in base al quale l'interprete procede a interrogare la Costituzione e la normativa subcostituzionale

Tuttavia ciò non è sufficiente, partendo della ragionevolezza come precomprensione si rende indispensabile affrontare, ancora, due possibili obiezioni: 1) il pericolo che la precomprensione diventi fonte di fraintendimenti o strumento di falsificazione arbitraria del testo⁹⁸; 2) il rischio che l'introduzione, da parte dei principi costituzionali, di *valori* nel tessuto organico dell'ordinamento renda irrazionale qualsivoglia tentativo di giustificazione.

Il primo dubbio si può diradare facilmente chiarendo che il senso della *precomprensione* sta nella consapevolezza da parte dell'interprete della differenza che intercorre tra il proprio mondo di valori e quello espresso dal testo e rispondendo a coloro i quali sostengono che, invece, con una simile costruzione l'interprete possa «sovrapporre una propria gerarchia culturale a quella espressa dalle disposizioni costituzionali»⁹⁹, citerò le

⁹⁸ Questo spiega perchè il sempre più frequente ricorso al giudizio di ragionevolezza crei, in una parte della dottrina, non poche perplessità soprattutto quando viene sottolineata la funzione creatrice della Corte "poiché il criterio di razionalità è più spesso dalla Corte richiamato nominativamente che esplicitamente articolato, vi è il rischio dell'arbitrio, o quanto meno vi è il rischio che sia difficile, se non impossibile, ricostruire l'iter della decisione del giudice. Il che è ovviamente contrario alla funzione giurisdizionale, per cui il giudice è tale se decide in base a regole, a criteri, a parametri certi, ed è capace di giustificare sulla base di questi la sua decisione.» Cfr. S. BARTOLE, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in AA.VV, *Il principio* op. cit. p. 206.

⁹⁹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, 3° ed., Padova, 2003, cit. nota p. 38.

parole di Hans George Gadamer: «una coscienza ermeneuticamente educata deve essere preliminarmente sensibile all'alterità del testo. Tale sensibilità non presuppone né un'obiettiva *neutralità* né un oblio di se stessi, ma implica una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pre-giudizi».¹⁰⁰

La seconda risposta va articolata su due fronti: a) a causa delle diversità che caratterizzano le disposizioni costituzionali, configurabili in gran parte come principi, l'interpretazione della Costituzione non potrebbe essere compiuta *esclusivamente* da un punto di vista logico-linguistico, come quando si adoperano le regole, ed in questo caso entrano con prepotenza, le esigenze fattuali, concrete e reali: «per questo motivo, per questa strutturale inadeguatezza a dar conto della dimensione di attualità del testo, i tentativi anche recenti di prescrivere all'interprete una stretta aderenza alla interpretazione letterale degli enunciati costituzionali¹⁰¹ sono condannati all'insuccesso proprio perché, nel loro astratto formalismo trascurano il nesso indissolubile tra diritto e politica, tra diritto e valori, che trova di volta in volta specifica realizzazione nel testo costituzionale»¹⁰².

Ciò postula, da un lato, il dovere per l'interprete di tener presente il senso di una struttura assiologica che è immanente nell'ordinamento, dall'altro – e qui torniamo al secondo punto in cui si articola la risposta - b) sulla necessità di dover giustificare esaustivamente e razionalmente la scelta compiuta.

I tentativi di trovare una spiegazione sono stati molteplici e hanno riguardato tutti la ricerca di criteri giustificativi del punto di vista adottato, al di là della razionalità delle premesse da cui il giudizio stesso parte: «non si pretende che gli enunciati normativi, proposti, affermati o pronunciati come giudizi, siano meramente razionali, ma solo che questi

¹⁰⁰ H. G. GADAMER, *Introduzione* al libro VI dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele, cit. p. XI.

¹⁰¹ R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; dello stesso autore, *Revisione Costituzionale : problemi di forma e di sostanza*, in "Ragion Pratica" 3, 1994, pp.245-255; *Specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Analisi e Diritto*, 1996 pp. 169-185;

¹⁰² F. VIOLA, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l'ermeneutica*, in "Ars interpretandi", 2, 1997, pp. 53-73;

possono essere giustificati razionalmente nell'ambito dell'ordinamento giuridico vigente»¹⁰³.

Sembra così, coerente, con l'impostazione adottata, affermare la natura di *argomenti* degli elementi fattuali del giudizio di costituzionalità.

¹⁰³ R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione*, op. cit. p. 171;

«Con l'aiuto delle teorie fisiche cerchiamo di aprirci un varco attraverso il groviglio dei fatti osservati, di ordinare e intendere il mondo delle nostre impressioni sensibili. Aneliamo che i fatti osservati discendano logicamente dalla nostra concezione della realtà. Senza la convinzione che con le nostre costruzioni teoriche è possibile raggiungere la realtà, senza convinzione nell'intima armonia del nostro mondo, non potrebbe esserci scienza».

CAPITOLO II

LO SPAZIO DEL «FATTO» NELLA COSTITUZIONE.

SOMMARIO : SEZIONE I: – 1. Brevi considerazioni teoriche sul ragionamento giuridico. – 1.1 *Oltre la giurisprudenza costituzionale di legittimità come scienza pratica* – 2. Quali fatti, quale metodo. Precisazioni terminologiche. – 2.1 *Dai «fatti bruti» ai «meri fatti». Le «disparità di fatto» e gli «inconvenienti di fatto» nel linguaggio della Corte.* – 2.1.2 *Il potere interpretativo della Corte nella costruzione dei fatti costituzionalmente (ir)rilevanti: la giurisprudenza in materia di convivenza more uxorio* – 2.2 *L'analisi della Corte sulla fattispecie concreta oggetto del giudizio a quo e l'aggancio processuale alla rilevanza.* – 2.3 *I casi costituzionali.*

1. Brevi considerazioni teoriche sul ragionamento giuridico.

I recenti studi sulla ragionevolezza¹⁰⁴ e le moderne teorie del ragionamento giuridico¹⁰⁵, hanno posto nuove premesse per una

¹⁰⁴ Su cui v. *supra*, cap. I.

¹⁰⁵ Cfr. A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987; R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. (a cura di) M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998; N. MACCORMICK *Legal Reasoning and Legal Theorie*, Clarendon Press, Oxford 1978, trad. it. (a cura di) *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, op. cit. pp. 260 ss. Sostanzialmente, nello studio del ragionamento giuridico si sono sviluppate due tendenze diverse: la logica deontica di Georg Henrik von Wright e la nuova retorica di Chaïm Perelman. La prima

rivalutazione della dimensione pratica del diritto¹⁰⁶, evidenziando la necessità di un ripensamento, radicale e problematico, sul metodo nel diritto costituzionale¹⁰⁷, specialmente con riguardo all'interpretazione

considera l'applicabilità alle norme della logica preposizionale, mentre la seconda analizza la logica del discorso pratico con particolare riferimento all'argomentazione, intesa come procedimento che, partendo da premesse probabili, perviene a conclusioni probabili. Cfr. G. H. VON WRIGHT, *An Essay in Deontic Logic and General Theory of Action*, Amsterdam 1968 e *Essay on Explanation and Understanding*, Dordrecht, Reidel 1971; Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, trad. it *Logica giuridica e nuova retorica*, Milano 1979. I ragionamenti giuridici, contribuiscono a costruire il nucleo fondamentale delle teorie contemporanee del diritto che, distanti dai meccanismi della coercizione e dai richiami a condizionamenti psicologici dell'azione sociale di Jhering o Kelsen, si propongono di individuare la tipicità e le caratteristiche peculiari delle *ragioni per agire*, di quelle decisioni che costituiscono ovvero applicano il diritto, e che in concreto potrebbero risultare "giuste" o sbagliate (nel senso di non-corrette). Per questi motivi il ragionamento giuridico è un settore del ragionamento pratico provvisto di caratteristiche specifiche, guidato da "procedure", e con ciò incanalato entro percorsi tipici dettati dall'esigenza della *controllabilità* e della *affidabilità razionale*. Sul punto cfr. R. ALEXI, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, in «*Rechtstheorie*», 12, 1981, 2, pp. 177-188. Specialmente per ciò che concerne il diritto di rango costituzionale, esso non nasce come Minerva dal cranio di Giove: norme, fatti, valori e interessi, non possono presentarsi come entità precostituite a prescindere da un processo di deliberazione che porta alle decisioni e, conseguentemente, alle azioni. Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Bari 1999, cit. p. 34.

¹⁰⁶ M. KRIELE, *Diritto e ragione pratica*, trad. it a cura di V. Omaggio, ESI, Napoli, 2006.

¹⁰⁷ Il dibattito sul metodo ha dimostrato di suscitare grande interesse soprattutto negli studi dei costituzionalisti, infatti, l'AIC vi ha dedicato un convegno svolto nella città di Messina nel febbraio del 1996, i cui atti sono adesso confluiti in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1997. Precedente di un biennio alla proposta Lisbona, l'accento posto dal prof. Michele Scudiero, sull'esigenza di un metodo costituzionale in Europa, e di

delle disposizioni della Costituzione¹⁰⁸ e sulle cd. formule argomentative utilizzate dalla Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi¹⁰⁹.

un Trattato costituzionale, ai fini di un'analisi sul rafforzamento dei processi di integrazione europei. M. SCUDIERO, *Introduzione*, in AA.VV., *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Jovene, Napoli 2005. D'altra parte, sembra farsi strada l'idea che esista un *transnational constitutional method*, come emerge dagli studi di L. Weinrib, studiosa canadese di diritto costituzionale comparato, la quale ha recentemente scritto sull'utilità di un simile approccio, nella misura in cui esso «founded in a basic commitment to human dignity and applying the principles of proportionality in measuring the lawfulness of derogation from protected human rights», L. WEINRIB, *Constitutional Conception and Constitutional Comparativism*, in V. Jackson, M. Tushnet, *Defining the field of Comparative Constitutional Law*, Westport, Praeger, 2002, 3. Finanche alcuni membri della Supreme Court americana, compreso Chief Justice William Rehnquist, hanno riflettuto sulle implicazioni pratiche del *transnational constitutional method* considerando la possibilità di utilizzare le decisioni di altre corti nazionali come supporto dei loro processi deliberativi. W. H. REHNQUIST, *Foreword, ibidem*, p. IX.

¹⁰⁸ Si è sostenuto che i giudizi relativi ai principi e alla ragionevolezza si sostanzierebbero in ciò che deriva dall'argomentazione costituzionale, nel frutto di strategie retoriche rivolte al componimento di interessi diversi, non necessariamente fissati in Costituzione. Per una efficace ricostruzione di queste osservazioni si v. G. AZZARITI, *L'interpretazione Costituzionale*, Giappichelli, Torino 2007. Come è noto, nella dottrina costituzionalistica italiana la *querelle* è emblematicamente rappresentata da due opposti orientamenti: l'interpretazione per valori, in particolare sostenuta da Baldassarre e, costantemente, criticata da Pace, promotore di tecniche interpretative non distanti da quelle utilizzate per la legge ordinaria, v. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 1991; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 1997, nonché *Interpretazione e argomentazione costituzionale*, nella Rivista telematica *costituzionalismo.it*, 30 Maggio 2007 e l'articolo in risposta di A. PACE, *Costituzionalismo e interpretazione per valori*, anch'esso sul sito www.costituzionalismo.it, 21 Novembre 2003.

¹⁰⁹ Precursore, nella dottrina costituzionalistica, degli studi sui procedimenti argomentativi della Corte costituzionale è stato, nei

Si tratta di acquisizioni, cui si è giunti a seguito del più ampio dibattito sul modo di intendere il diritto¹¹⁰, che ha impegnato, non solo

primi anni '70 del secolo scorso, M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, I, Giuffrè, Milano 1974. L'attenzione crescente sulle tecniche decisorie della Corte, è testimoniato dalla produzione scientifica che, proprio in quegli anni, si andava incrementando. Cfr. *ex plurimis* Le riflessioni svolte nell'opera collettanea AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno di Trieste 26-28 maggio 1986*, Giuffrè, Milano 1988. Come è noto, si deve a Roberto Bin, il merito di una compiuta analisi sistematica delle tecniche argomentative che la giurisprudenza costituzionale ha impiegato nel trattare questioni vertenti sui diritti individuali tutelati dalla Costituzione, sintetizzabile nella conclusione per cui il bilanciamento degli interessi in gioco non può essere inteso come attività interpretativa, poiché non riguarda il mondo dei significati delle disposizioni normative, ma mira a raggiungere una *soluzione soddisfacente* in presenza di un conflitto di interessi: «al contrario dell'interpretazione, il bilanciamento non produce risultati che valgono *erga omnes*, perché il punto di equilibrio varia, e deve variare, caso per caso», R. BIN, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992, cit. pp. 60-61. Non sono mancati apporti al dibattito da parte di filosofi del diritto volti a ribadire la peculiarità dell'interpretazione costituzionale, si vedano L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Riv. inter. di filosofia del diritto*, 1985; R. GUASTINI, *Specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Analisi e Diritto*, 1996; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano 1996.

¹¹⁰ Definizioni puramente descrittive del diritto sono state proprie del giusnaturalismo e del positivismo, giacché consistono nell'identificare il diritto come un *prius* logico e ontologico rispetto all'uomo. Il rinvio è all'Opera di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni Comunità, Milano 1977. Invero, Ronald Dworkin ha definito «teorie semantiche» quelle che si approciano alla ricerca di una definizione del diritto in quanto oggetto preesistente da interpretare. Cfr. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano 1989, p.35. In effetti, qualificare la scienza giuridica come «scienza di norme», che si limiti a descrivere le norme, individuerebbe, tra

filosofi e teorici, ma anche giuristi positivi.

Il grande dibattito sul metodo (*Methodenstreit*) che tra la fine del XIX e i primi decenni del XX secolo dominò l'attenzione dei giuristi sulla portata e i metodi interpretativi, già sistematicamente descritti da Savigny agli inizi dell'Ottocento, trovava il suo substrato teorico e filosofico proprio a partire dalla tripartizione aristotelica del sapere tra scienze teoretiche, poietiche e pratiche¹¹¹.

l'altro, una metagiurisprudenza prescrittiva il cui principio fondamentale consisterebbe nel presupposto per cui "la scienza giuridica deve descrivere (non fatti ma) norme". Cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970 citato da R. GUASTINI, *Norberto Bobbio teorico del diritto 1966-1980*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, n. 2. Ed ancora, per un'impostazione contraria, secondo la quale il metodo giuridico della prassi, inoltre, non godrebbe di libertà e dovrebbe sottoporsi ad una serie di vincoli dipendenti dalla posizione che l'interprete assume nei confronti della legge, cfr. K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. di A. Baratta e di F. Giuffrida Repaci, Giuffrè, Milano 1970, pp. 92- 130, 147. Riassumendo il punto fondamentale in termini di metodo giuridico - quello esclusivamente scientifico, della dottrina, e quello orientato all'applicazione pratica - non implica che ci sia simmetria fra i due gradi della conoscenza, difatti non sempre le motivazioni delle sentenze si conformano ai criteri elaborati dai teorici. Lo spazio del diritto che comunque si sviluppa su entrambi i piani è tendenzialmente, secondo la tesi che qui si sostiene, uno spazio *isotropo*, pur esistendo dei punti di vista «privilegiati» da cui guardarlo, per usare l'espressione di Hart, dall'interno o dall'esterno. H. HART, *The concept of law*, trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965.

¹¹¹ Essendo il campo specifico quello della conoscenza giuridica, non è possibile soffermarsi sugli insegnamenti della filosofia classica, per la quale si rimanda, naturalmente, al VI libro dell'*Etica Nicomachea* e alla *Metafisica* di Aristotele, nonché ai lavori di G. BRIEN, *La filosofia politica di Aristotele*, Il Mulino, Bologna 1985, soprattutto pp. 123 e ss., e di M. RIEDEL, *Su alcune aporie della filosofia pratica di Aristotele*, in ID. *Metafisica e Metapolitica. Studi su Aristotele e sul linguaggio politico della filosofia moderna*, Il Mulino, Bologna 1990. Per ciò che concerne la tripartizione è importante ricordare che lo Stagirita riprende la discussione sulla scienza teoretica fatta all'interno dell'Accademia platonica, ma con

Successivamente i corollari della purezza del positivismo kelseniano, forti delle loro premesse dualistiche¹¹² (ed è nota l'applicazione della legge di Hume alla teoria formalistica del diritto, per la quale da un essere non consegue mai un dover essere) hanno condotto alla considerazione del diritto come "scienza pratica" in termini di contraddizione logica¹¹³.

significative modifiche. Infatti già Platone, ne *Il Politico*, distingue il complesso delle scienze in pratiche e conoscitive. La differenza è che per Aristotele non si tratta di due tipi di scienza con diversi statuti epistemologici, derivando la diversità solo dai diversi oggetti cui la scienza è applicata. In particolare, le scienze teoretiche mirano alla conoscenza del vero (così sono le scienze della natura e del vero), con le quali l'uomo si relaziona col mondo immutabile; le poietiche sono volte alla produzione di opere; le scienze pratiche (ulteriormente divise in *etica* - sapere che orienta l'agire individuale - *economia* - sapere che orienta l'agire nell'ambito della casa nel suo complesso - e *politica* - sapere che orienta l'agire nell'ambito della comunità) mirano, invece, all'azione e alla prassi. Queste hanno come loro ambito materiale ciò che, potendo essere in un modo o in un altro, è compreso nel raggio di influenza umana attraverso l'azione.

¹¹² H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze* Mohr, Tübingen 1910, 1923, trad. it parz. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Esi, Napoli 1991; in *Teoria generale del diritto e dello Stato* trad. it., Edizioni di Comunità, Milano, 1954.

¹¹³ Per Hans Kelsen, «una ragione che crea norme è una ragione che conosce e allo stesso tempo vuole, è insieme conoscenza e volontà», cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), trad. it. *Teoria generale delle norme*, cit. capp. XVII-XVIII, Einaudi, Torino, 1985. Va, tuttavia, ricordato che l'Autore, giungeva a conclusioni opposte in tema di interpretazione, intendendo quest'ultima come atto al contempo di conoscenza e di volontà. Alla stregua dello sviluppo per gradi dell'ordinamento, ogni passaggio consterebbe di una parte già predeterminata della norma più generale (oggetto di conoscenza) e di una parte giuridicamente impregiudicata, la quale è destinata all'opera di creazione del giudice attraverso scelte volontarie giuridicamente libere. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1961, specialmente pp. 381 ss. In dottrina, sulla legge di Hume si rinvia a B. CELANO, *Dialettica della*

Ed è naturale che, se dal punto di vista della dinamica dei poteri dello Stato, la «grande divisione» consentiva di tracciare quella linea netta tra la funzione legislativa, insuscettibile di controllo logico o di riscontro fattuale, e la funzione giurisdizionale, logicamente controllabile, dal punto di vista interno al sistema giuridico positivo, emerge chiaramente la coesistenza tra *regole* e *principi*, il cui concreto modo di operare non è qualcosa che possa mai dirsi definitivamente stabilizzato, ma è il prodotto di mutevoli vicende, permeabili alle esigenze dei casi, finanche le conoscenze scientifiche presuppongono un *background* culturale, un mondo di valori che, normalmente, devono rispondere a criteri di «ragionevolezza» cui, pure, si è brevemente accennato¹¹⁴.

Ora, non appena si volge lo sguardo alla prorompente carica ideologica del costituzionalismo che, col suo ascendente sul concetto di validità giuridica ha mutato decisamente i termini della questione, non si tarda a capire perché l'incomunicabilità fra i due ordini di giudizio (di fatto e di valore) ipotizzati dalla dicotomia humiana, si riducono.

Questa riduzione si attua mediante il riconoscimento espresso dei principi e dei valori sui quali ogni ordinamento democratico aspira a fondare la sua pretesa di validità formale (correttezza) e sostanziale, nell'attivazione di un processo di identificazione ufficiale degli stessi che, inseriti in un atto fonte sovraordinato e costitutivo, dettano il dover essere del sistema del diritto¹¹⁵.

Non appare superfluo specificare che, nell'ambito di questo percorso di ricerca, il ponte tra le due realtà è rappresentato dal rilievo che il «fatto» assume nel giudizio di legittimità costituzionale, sia – come si

giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume, Torino, 1994. Tra i critici della legge di Hume v. G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969.

¹¹⁴ Proprio perché i valori corrispondono a tali criteri, si rende possibile un dialogo fra gli esseri umani. In realtà un vero dialogo sussiste solo in ordine ai valori, perché qualsiasi discussione intorno a fatti è destinata ad essere troncata da dati evidenti e inconfutabili. Questo il filo conduttore dell'opera di C. PERELMAN, *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, trad. it. E. Mattioli, Parma 1979.

¹¹⁵ Costituzione è «Ciò che fa essere una cosa (come cosa dotata di un ordine), ma è anche il modo d'essere della cosa (come cosa dotata di un ordine)», cit. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, p. 37;

tenterà di spiegare nei paragrafi successivi - nell'ipotesi in cui scontrandosi con l'astrattezza dei parametri, li concretizza, in quelli che potremo definire, «casi costituzionali»; sia nell'ipotesi in cui sono gli stessi parametri costituzionali a domandare di essere integrati dai «fatti», nel qual caso, allora, si parlerà di fatti costituzionalmente rilevanti¹¹⁶.

Ecco, così, trasparire una primissima definizione di fatto legata alla *dimensione pratica* del diritto, e coerente con la convinzione che il discorso giuridico sia un caso particolare del discorso pratico generale, il quale si rinnova in un insieme di ragioni per l'azione, «in quanto volto ad intervenire negli *spazi di manovra* che inevitabilmente, per una considerazione non soltanto storica ma concettuale, la legislazione lascia e non può non lasciare “aperti” divenendo così “elemento necessario della razionalità discorsiva realizzata”, dal momento che il diritto è “tramite necessario per la realizzazione della ragion pratica della realtà”¹¹⁷. L'argomentazione discorsiva è così necessaria *non soltanto* nell'atto produttivo della norma ma *anche* in quello applicativo».¹¹⁸

Cosicché, per usare le parole di Alexy, «un fatto è ciò che viene espresso da una proposizione che può essere giustificata discorsivamente. [...] il discorso assicura [...] la dipendenza delle proposizioni dai fatti»¹¹⁹.

Le teorie del ragionamento giuridico hanno trovato il loro punto di contatto proprio nel rapporto che si instaura tra le conseguenze (e non solo le premesse) pratiche del diritto, e il diritto in sé, nella misura in cui prendono atto del carattere «aperto» delle costituzioni del secondo dopoguerra, della natura elastica dei parametri, dell'atteggiamento pluralista e inclusivo delle loro norme dinnanzi ai conflitti sociali.

Non è un caso che, negli ultimi tempi, si stia conoscendo una rinascita della «ragion pratica» con riferimento al diritto costituzionale, al carattere

¹¹⁶ Su cui si veda *infra* §§---- e ss.

¹¹⁷ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998, op. cit. p.16-20;

¹¹⁸ A. ABIGNENTE, *Legittimazione discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, ed. Scientifica Napoli 2003, cit. p. 57;

¹¹⁹ R. ALEXY, op. ult. cit. p.86; Definisce i «fatti» in termini di «avvenimenti, situazioni, rapporti, oggetti e qualità che appartengono al passato, determinati nel tempo e nello spazio, o anche solo nel tempo, i quali appartengono al mondo delle percezioni, esterno od interno, secondo leggi di natura», K. ENGISCH, op. cit. p. 70.

delle costituzioni moderne che, attraverso i principi e le scelte valoriali da esse imposte, guidano, non solo l'interprete, nell'atteggiamento da assumere di fronte ai fatti.¹²⁰

Per completare la trattazione è necessario un ulteriore, seppur fugace, passaggio, per collegare quanto detto alla centralità del rapporto tra diritto e realtà, a favore di una loro costante osmosi, per garantire in modo più efficace un ideale di sapere anche nell'ambito di un sapere mutevole come quello delle azioni umane. D'altronde, il tentativo di identificare giuridicamente ambiti dell'esperienza umana, di orientare e coordinare le azioni degli uomini, nonché di circoscriverne le conseguenze, al fine di attribuire un senso qualificante alle relazioni intersoggettive resta, probabilmente, il più evidente tra gli scopi del diritto¹²¹.

L'antico adagio *ex facto oritur ius*,¹²² è stato senza dubbio il punto su cui hanno convenuto, seppure con argomenti e in forme non assimilabili, teorie giuridiche molto diverse tra loro, come le due principali visioni del realismo giuridico, scandinavo e americano, e l'istituzionalismo di MacCormick.¹²³ A partire dalla linea di pensiero realista, si è fatta strada l'idea che il diritto sia esso stesso un fatto, e che le fonti di produzione siano dei particolari fatti della vita sociale cui attribuire efficacia vincolante¹²⁴, mentre il carattere istituzionale delle procedure giuridiche è

¹²⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008 cit. p. 188.

¹²¹ F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990.

¹²² Di recente, una tesi molto persuasiva è stata avanzata da Luigi D'ANDREA, in voce *Effettività*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, III, Milano, 2006, 2121. L'Autore considera il noto brocardo non riferibile, «semplicemente, al “fatto” storicamente individuato da cui ha avuto origine un determinato sistema positivamente vigente (cioè il potere, o il fatto, costituente, secondo una terminologia che è familiare al pensiero costituzionalistico), ma piuttosto esprime - con formidabile sintesi - l'“inesauribile processo osmotico” che si innesca “tra l'universo giuridico-formale e le dinamiche della convivenza organizzata”»

¹²³ N. MACCORMICK, *Il diritto come fatto istituzionale*, in N. MacCormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1990, pp.59-93

¹²⁴ A. ROSS, *On Law and Justice* (1953), ed. The Law Book exchange LDT, Clark New Jersey 2004.

impresso nel concetto che il diritto sia un fatto istituzionale, poiché qualificante i cd. fatti sociali, attraverso significati simbolici.¹²⁵

E tutt'oggi, le condizioni empiriche della natura umana e i contesti sociali devono essere considerati ad ogni livello di produzione e di applicazione del diritto, affinché la rivalutazione della dimensione pratica del diritto non si blocchi nei ranghi delle elaborazioni teoriche ma diventi il sostrato naturale per valutare la tenuta, in termini di effettività, dell'intero ordinamento giuridico.

Tutto ciò, abbiamo visto, ha indotto a collegare il senso del diritto con qualcosa di identificabile empiricamente; a obliterare la atavica distinzione aristotelica, determinante per il positivismo giuridico, tra la *scientia juris* e la *juris prudentia* (la prima da intendersi come scienza teorica e la seconda come scienza pratica¹²⁶): sicché, una volta messi da parte i brevi cenni di ordine teorico, il dato significativo, che emerge dall'influenza del movimento realista e dalle ricerche sul ragionamento giuridico, sta nel merito di aver tracciato un nuovo perimetro di quella che, fin dalle prime codificazioni, era stata l'area del giuridicamente rilevante.

¹²⁵ N. MACCORMIK, op. cit.

¹²⁶ Per una critica alla concezione normativistica della scienza del diritto, si rinvia alla originale distinzione di Hans Albert tra scienza teorica del reale applicata al diritto e giurisprudenza, in cui il diritto è rappresentato come fatto sociale e «la giurisprudenza [...] come tecnologia sociale, ovvero come l'arte di prefigurare decisioni sociali di tipo particolare». H. ALBERT, *Scienza giuridica ed ermeneutica. Il diritto come fatto sociale e il compito della giurisprudenza*, in *Ars interpretandi*, n.2/97, pp.231-246, cit. p.234. Sulla polemica sorta negli anni '50 del secolo scorso sulla distinzione tra scienza del diritto e giurisprudenza cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. It. per le scienze giur.*, IV, 1950; N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950.

1.1 Oltre la giurisprudenza costituzionale di legittimità come scienza pratica nell'applicazione della Costituzione da parte dei giudici comuni: conformazione al parametro del fatto-rapporto oggetto del giudizio a quo.

Icasticamente i latini per segnalare l'intenso legame tra la struttura sociale e il diritto, erano soliti usare espressioni quali *hominium causa ius constitutum est* e *ex facto oritur ius*, elevando le prescrizioni a modello per la conformazione di un sistema giuridico sociale unitariamente inteso e difficilmente scindibile; *mutatis mutandis*, le caratteristiche morfologiche del modello di Stato costituzionale contemporaneo, invece, riposano precisamente sul ripudio di qualsivoglia chiusura di natura autoreferenziale, ovvero contenuta entro i limiti asfittici del discorso giuridico-formale, pur tenendo ferma l'inclinazione di ogni fase del processo di positivizzazione, a intrecciare rapporti di tipo circolare tra la dimensione formale dell'atto giuridico e le più significative esternazioni della vita umana, e al pluralismo che la informa; pertanto, è ormai pacificamente assunto che la misura della validità degli atti non è soltanto l'astratto confronto tra norme, e ciò valendo, sia per il legislatore ordinario¹²⁷, specialmente dopo la riforma del Titolo V della Costituzione¹²⁸, e dopo l'ordinanza della Consulta n.108/09 sull'obbligo

¹²⁷ In altre parole, rispetto agli Stati membri, l'ordinamento comunitario è connotato dai caratteri dell' *autonomia* e dell'*integrazione*, e non si arresta alla previsione di situazioni giuridiche soggettive che riguardino i soli Stati contraenti ma va ben oltre, riconoscendo direttamente in capo ai loro cittadini diritti e obblighi. Per quanto concerne la nozione di *efficacia diretta* e la possibilità di estrarre tale qualità da numerose norme del Trattato e/o dalle altre fonti - diverse dai regolamenti per i quali, come è noto, ai sensi dell'art. 249 la diretta applicabilità e gli effetti diretti verticali e orizzontali sono una qualità intrinseca dell'atto - la Corte di Giustizia ha sviluppato una serie di requisiti sostanziali che le disposizioni devono possedere affinché possano essere fatte valere direttamente nei rapporti intersoggettivi. L'archetipo delle decisioni in materia di effetto diretto (in senso verticale) delle norme del Trattato è la pronuncia *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*.

¹²⁸ Allo stato dell'arte, la dottrina è divisa su posizioni opposte, tra quanti hanno sminuito la carica innovativa del primo comma

di rinvio pregiudiziale nei ricorsi in via principale¹²⁹; sia per il legislatore costituzionale – attraverso i limiti posti dalla Costituzione e dal principio di ragionevolezza alla sua discrezionalità – incombendo su di esso limiti, al contempo *procedurali*¹³⁰ e *sostanziali*¹³¹, in sede di revisione.

dell'art. 117, e quanti l'hanno configurata come una sorta di "Europartikel all'italiana". Sostiene, tra gli altri il primo orientamento A. D'ATENA, *La nuova disciplina dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, p.916; *contra* cfr. F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. Pubbl. comp. ed europeo*, 2002, p. 1355 ss. L'Autore sostiene che, la nuova formulazione dell'art.117, non possa consentire ulteriori cessioni di sovranità né autorizzare conclusioni monastiche ma che possa ben fungere da norma di riconoscimento dell'ordinamento comunitario in un quadro di tipo federale o parafederale che va progressivamente delineandosi. Ne hanno, invece, rimarcato la distanza dalle *European clauses* presenti negli altri ordinamenti tra gli altri F. PALERMO, *Nuove occasioni (mancate) per una clausola europea nella Costituzione italiana. Alcune osservazioni critiche*, in *Dir. Pubbl. comp. ed europeo*, 2003, p. 1539 ss.

¹²⁹ Si legge nella motivazione della rilevanza che: «in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia; [...] conseguentemente, ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE, risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE.». Sul tema, sia consentito rinviare ad A. CICCARIELLO, *La costruzione del contesto comune attraverso il rinvio pregiudiziale. Comprendere di non comprendere: la sconfitta della precomprensione? Brevi note sulla pregiudiziale comunitaria alla luce delle ordinanze della Corte Costituzionale n.103/2008 e n.100/2009*, pubblicata sulla Rivista telematica www.amministrazioneincammino.it.

¹³⁰ Sul rilievo che tali limiti procedurali, concretandosi nella «ragionevole» soluzione del procedimento aggravato «rallentato e raffreddato», rappresentassero nel dibattito costituente il necessario contemperamento tra rigidità formale e rigidità assoluta e, al contempo, implicassero un effetto collaterale di garanzia delle minoranze parlamentari da moderare affinché non si indulgesse ad

eccessi di ruolo di queste cfr. S. STAIANO *La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale* in *www.federalismi.it* 8 aprile 2005, n. 07/2005, specialmente cit. pp. 3 e 24. L'Autore muovendo dalla riflessione su come il bilanciamento apprestato dalla formulazione dell'art. 138 Cost., appaia «ormai palesemente compromesso, se si guarda alla strumentazione procedimentale apprestata, travolto dall'assetto bipolare partitico dopo la riforma elettorale», conclude per una intesa su una nuova norma costituzionale sulla revisione.

¹³¹ Come è noto, si tratta della cd. *teoria dei principi supremi come limiti impliciti alla revisione costituzionale*, parte di un orientamento consolidato nella Giurisprudenza costituzionale, reso esplicito dalla celeberrima sentenza n. 1146/88. Per il substrato teorico, C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano 1972, pp. 3 ss.; e più recentemente le teorie sui cd. *principi supremi*, individuati dalla Corte Costituzionale con la sentenza numero 1146/88, definiti come strumenti necessari, *criteri ermeneutici*, che valgono a precisare il discorso sulla impossibilità di introdurre in sede di revisione costituzionale norme ad essi contrarie. Il nucleo della questione è che essi cambiano la gerarchia tradizionale delle fonti perché se sono un limite alla revisione, sono *logicamente* al di sopra della Costituzione medesima e servono a distinguere l'attività di revisione da quella costituente. Come è facile intuire quali siano in ultima analisi i *principi supremi* (non espressi ma) presupposti nell'ordinamento vigente è questione ampiamente controversa e comunque anche una volta individuati i principi in questione restano poi da identificare le disposizioni costituzionali che tali principi presuppongono e che sono perciò, sottratte a revisione. Per una critica alla giurisprudenza in questione cfr. R. GUASTINI, per il quale «Trattasi dunque di un caso evidente di creazione giurisprudenziale di diritto (costituzionale). Il fondamento di tale dottrina, infatti, si rinviene non in una qualsivoglia disposizione costituzionale bensì in una arbitraria costruzione dogmatica (tacitamente fatta propria dalla Corte), secondo la quale: una costituzione non è un semplice insieme di norme, ma una totalità coesa di principi e valori; il criterio di identità di ogni costituzione giace appunto nei principi e valori che la contraddistinguono; il mutamento di siffatti principi costituisce pertanto non semplice revisione costituzionale, ma instaurazione di una nuova costituzione. Dunque, la revisione costituzionale non può

Restando all'interno del perimetro tracciato dalle interconnessioni reciproche generate dalle reazioni dei «fatti» con le disposizioni costituzionali, non sembra azzardato proporre riflessioni sulla connotazione essenzialmente *pratica*,¹³² sostanziale, del diritto costituzionale, che poggia la corrispondente, speculare potenzialità dei «fatti» di integrare i parametri, specialmente nei giudizi inerenti a norme-principio e diritti fondamentali: di fronte alla realtà letta attraverso il parametro e il parametro attraverso essa, emergono due ordini di considerazioni.

È stato detto che la Costituzione è, sì, un testo normativo, ma è anche un «contesto»¹³³; che la nozione di «contesto umano», come luogo di trasformazione delle prescrizioni-fonti in regole, rimanda agli elementi fattuali, che di tali contesti rappresentano il substrato ed assume un ruolo peculiare e decisivo dinnanzi alla necessità di garantire, in concreto, i diritti costituzionalmente tutelati, nella loro effettiva consistenza.¹³⁴

spingersi fino a modificare i principi e valori caratterizzanti dell'ordinamento (senza tramutarsi in instaurazione costituzionale). D'altro canto, la dottrina dei principi supremi sortisce l'effetto di conferire potere discrezionale ulteriore alla Corte ogniqualvolta si presenti concretamente l'occasione di identificare i principi supremi che si suppongono imm modificabili (con l'esito di giudicare eventualmente incostituzionale una legge di revisione che fosse in contrasto con essi o pretendesse di alterarli)». Nel volume antologico AA.VV., *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*. Giappichelli, Torino 2002, pp. 349.

¹³² E' stato notato, ad esempio, che la dimensione pratica si esplica nella fusione dei due momenti dell'interpretazione e dell'applicazione: l'essenza stessa del diritto è in questo nesso, nel quale si manifesta il suo valore pratico. G. ZAGREBELSKY, *La legge*, op. cit. p. 162. A ciò si deve tener ferma la considerazione che a nessun giudice, è attribuito dall'ordinamento, un potere tanto incisivo e decisivo, non solo, dal punto di vista delle prescrizioni normative, ma anche sulla realtà inclusiva di tutti i più ampi riferimenti dell'attività umana.

¹³³ A. RUGGERI, *Teorie e «usi» della Costituzione*, in *Quad. cost.* 3/07 pp. 522.

¹³⁴ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova 1973, così come sottolineato da G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *op. cit.* p.252.

Così, non si tarda a percepire che la sublimazione delle istanze di garanzia e di effettività, di cui tali diritti sono portatori, si realizza *in primis* nell'interpretazione svolta dalla Corte costituzionale; essa è la sede naturale in cui la normatività viene attratta nella sfera della fattualità, tra l'altro, per rendere effettivi i diritti, specialmente i diritti sociali¹³⁵ e quelli non scritti, e per implementare il corpo di principi e valori cui idealmente¹³⁶ si orienta la sovranità astratta della Costituzione¹³⁷.

Tuttavia, si è detto pure che, nel diritto costituzionale, è

¹³⁵ Sulle tematiche relative ai diritti sociali, specialmente con riferimento al complesso rapporto tra razionalizzazione finanziaria come presupposto per la realizzazione di politiche di uguaglianza efficaci, e il compito propulsivo dei livelli essenziali delle prestazioni nella correzione della finanza pubblica, si veda A. D'ALOIA, *Storie «costituzionali» dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli 2008, spec. p. 737. Relativamente alla effettività dei diritti sociali, Gaetano Silvestri, si è soffermato con una relazione dal titolo *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, in occasione della *Lectio Magistralis* del 12 maggio 2009, presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, ove ha affrontato il tema dell'effettività nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali e degli strumenti che la Costituzione in prima battuta, e la Corte costituzionale successivamente, apprestano affinché la necessaria elasticità delle norme-principio della Carta sia tradotta in effettiva garanzia delle posizioni giuridiche soggettive. In effetti il punto di partenza è costituito dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione che impone la realizzazione dei diritti sociali (storicamente configurati come diritti "costosi" per l'erario), nonostante la difficile coesistenza dell'art. 81 Cost. con le sentenze additive. Secondo l'autorevole Relatore, è il meccanismo innescato da queste ultime che permette di garantire l'effettività dei diritti sociali ed evitare conflitti tra le forze sociali. Così il diritto alla giusta retribuzione, all'istruzione, alla salute, ma anche il diritto di voto, rientrano, *maxima culpa felix* del costituente, ovvero tra i diritti che la Corte costituzionale, troppo spesso, si trova a dover recuperare dal «triangolo delle bermuda» tutte le volte che essi si disperdono in pendenza o a seguito di una decisione da parte di una Corte internazionale.

¹³⁶ D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 1981.

¹³⁷ G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005.

particolarmente insistente la dimensione pratica e fattuale; che le disposizioni costituzionali sono caratterizzate da una struttura logica e morfologica non assimilabile a quelle di altre fonti, influenzando l'attività ermeneutica dei giudici comuni, fino al punto di ritenere ammissibile una applicazione diretta delle disposizioni costituzionali ai fatti oggetto del giudizio *a quo*.

*In questo caso, è il momento fattuale ad esercitare una forza magnetica nei confronti del parametro, sì da modellarlo alle esigenze sottese al caso concreto, e rendere possibile una sorta di sussunzione dello stesso nel cono di luce della norma costituzionale.*¹³⁸

I costituzionalisti, invero, da tempo, sono impegnati nell'analisi del fenomeno dell'utilizzo delle norme di rango costituzionale da parte dei giudici comuni¹³⁹, allo scopo di garantire diritti non espressamente previsti dalla legge¹⁴⁰, come ad esempio il diritto all'identità personale¹⁴¹

¹³⁸ Per esemplificare si ricordano le applicazioni dirette dell'articolo 111 della Costituzione nei confronti della ricorribilità in Cassazione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e dell'articolo 36, sulla retribuzione del lavoratore, nonché in materia di danno biologico. Rilevano come il meccanismo in oggetto sia inversamente proporzionale alla necessità di ricorrere all'art. 2 Cost. e come «The relevance of Article 2 of the Constitution, cannot be overemphasised. In many instances, courts have supported the direct application of other constitutional provisions», cit. C. FAVILLI - C. FUSARO, *The Protection of Constitutional rights in the Private Sphere in Italy: An Update, in human Rights and Private Sphere. A comparative Study*, a cura di D. Oliver e J. Fedtke, London NewYork, Routledge-Cavendish, 2007, p. 285 ss.

¹³⁹ Si vedano i lavori di O. Chessa, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, pp.420-430; A. Deffenu, *Alcuni casi controversi di applicazione diretta della Costituzione: i giudici di fronte al giusto processo*, pp. 453-467; nonché *Applicazione giudiziaria della Costituzione e certezza del diritto* di G.Gemma, ivi pp.468-474; tutti contenuti nel volume collettaneo *Il giudizio sulle leggi*, op. cit.

¹⁴⁰ V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977; R. ROMBOLI, *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, in *Ord. giud. e for.*, I, a cura di S. Panizza, A. Pizzorusso, R. Romboli, Pisa, 2002, pp. 264 e ss.; E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.* 2/08, cit. p. 272-273, la quale sottolinea la strategia di reciproca e

e al risarcimento del danno non patrimoniale¹⁴²; nonché nell'indagine sulla sensibilità della magistratura (specialmente quella amministrativa)

parallela valorizzazione della Corte costituzionale e della autorità giudiziaria, tesa a legittimare la creatività dell'organo di garanzia nella decisione sulle posizioni soggettive che di volta in volta vengono considerate e, dall'altra, a legittimare nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale, dalle quali la magistratura trae gli effetti sperati.

¹⁴¹ G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna 2003, il quale - ricostruiti i diversi orientamenti giurisprudenziali che hanno dato luogo alla elaborazione del concetto - conclude evidenziando l'attività sostanzialmente confermativa della Corte costituzionale delle interpretazioni fatte dai giudici comuni. Contrariamente, il riconoscimento del cd. diritto all'identità sessuale, ha trovato la sua garanzia nella sentenza della Corte costituzionale n.161 del 6 maggio 1985, con la quale venne rigettata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, Sez. I Civile, con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione, in relazione agli artt. 1 e 5 della legge n. 164/82 «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», ritenendo, al contrario che «La legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale.»; giudicando l'opera del legislatore intesa a «consentire l'affermazione della personalità [dei transessuali] e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagna nella loro esistenza», cit. punto 4 del *considerato in diritto*. Vi è, inoltre, da evidenziare come la Consulta abbia ricondotto al nucleo dei diritti inviolabili dell'uomo, il diritto all'identità sessuale e abbia confermato la natura di catalogo "aperto" dell'art. 2 della Costituzione. Sul punto è d'obbligo il rinvio all'esame di A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, Roma 1975, p.50.

¹⁴² La lettura costituzionalmente orientata del «danno non patrimoniale da lesione di diritti costituzionali» al di fuori dei casi di reato, era stata avallata, inizialmente, dalla Corte di Cassazione, III civ., nel maggio 2003, con le sentenze nn. 8827 e 8828 (rispettivamente concernenti il danno non patrimoniale subito dai genitori per un errore del medico durante il parto, e il danno non patrimoniale subito dai familiari per la morte in un incidente

quanto al rispetto dei principi costituzionali e delle sentenze della Corte.¹⁴³

La questione evocata, evidentemente assai generale, acquisisce connotati del tutto singolari, nella materia che ci occupa, per diverse ragioni, che si cercherà di scindere, solo per chiarezza espositiva, salvo poi ricomporle in un'unica riflessione conclusiva.

La ragione preliminare è legata alle esigenze di tutela dei diritti (anche non scritti) di rango costituzionale che, come si sta per dire, sono suscettibili di essere attivati a due livelli; altre ragioni attengono, come anticipato, alla struttura della norma parametro e alle caratteristiche del controllo di costituzionalità, in forza della rigidità della Carta fondamentale e dell'effettiva espressione prescrittiva delle sue disposizioni.

Ad un primo livello, il funzionamento della garanzia giurisdizionale della Costituzione prevede la formulazione della domanda di giustizia, da parte del giudice *a quo*, con cui chiederà una modifica del quadro legislativo sospettato di incostituzionalità, per la riaffermazione *erga omnes* di quei parametri costituzionali considerati violati.

Le conseguenze più immediate di un simile passaggio valgono a mettere in evidenza – nell'accezione algebrica del termine - la potenziale

stradale del prossimo congiunto) e avallata dalla Corte costituzionale con la sent. 233/03. Dopo un *revirement* della stessa sezione della cassazione, con un arresto di pochi mesi successivo (sent. n.19057/03), è intervenuta la Corte costituzionale per riaffermare con ordinanza 12 dicembre 2003 che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. impone il risarcimento del danno derivante da lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona. In questo modo, è stato brillantemente notato da Elisabetta Lamarque, che la Corte ha compiuto un «grande passo in avanti», perché ha devoluto ai giudici comuni la selezione, fino ad allora esercitato dalla stessa, dei diritti di rango costituzionale e, contemporaneamente, ha attribuito loro il compito di garantire ai diritti in questione «una tutela immediata nel caso in cui manchino il riconoscimento e la protezione da parte del legislatore». E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria*, op. cit. p. 277-278.

¹⁴³ Si veda il recente lavoro del «Gruppo di Pisa» sul tema *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale. Atti del convegno svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009*, a cura di G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi della Mura, Giappichelli, Torino 2010.

attitudine della giurisdizione costituzionale, specialmente nelle questioni scientificamente e eticamente controverse, a creare un solco dentro il quale far confluire le diverse ricostruzioni interpretative, per predisporre criteri oggettivi, e scongiurare, dunque, il «soggettivismo decisionista del caso per caso»¹⁴⁴; neanche sarebbe superfluo ricordare, in un clima di generale tensione politica e morale, che la prima e la più immediata funzione del diritto costituzionale risiede nell'esigenza di sottrarre le vicende umane all'incertezza¹⁴⁵ e all'insicurezza¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Sono le parole di Gustavo Zagrebelsky che, in aperta polemica con Hirschl, sottrae la prospettiva del costituzionalismo cosmopolitico all'accezione critica di «giuristocrazia». Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 406.

¹⁴⁵ La certezza del diritto è un valore più volte ribadito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, anche se, come tale, è oggetto di bilanciamento con altri. Si vedano, ad esempio le recenti sentenze nn. 24 e 236 del 2009 ove, nello stabilire i criteri in base ai quali la legge di interpretazione autentica le (altre) leggi retroattive possano dirsi legittime, ha disposto che l'intervento legislativo successivo, volto a regolare situazioni pregresse sia stato esercitato a condizione che siano rispettati i «canoni costituzionali di ragionevolezza e i principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, anche al fine di assegnare a determinate disposizioni un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario». Queste sentenze si inseriscono nel solco della precedente giurisprudenza della Consulta sul valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa, di cui sono emblematiche la sentenza n. 303 del 2003 e la n. 376 del 2005. Nella prima, infatti, la Corte ha ritenuto che quando il parametro possa essere costituito anche da una direttiva comunitaria «nei giudizi di impugnazione deve essere tenuto fermo l'orientamento già espresso da questa Corte [...] secondo il quale il valore costituzionale della certezza e della certezza normativa deve fare aggio su ogni altra considerazione»; nella seconda pronuncia, nell'ambito di un giudizio diretto a sindacare la legittimità di una legge di interpretazione autentica, la Corte, proprio in relazione ai parametri di ragionevolezza e certezza, nello stabilire i criteri in base ai quali una legge di interpretazione autentica può dirsi legittima, ha disposto che nell'ambito del giudizio occorre verificare se, esercitando il potere di chiarire la portata della precedente norma, il legislatore abbia rispettato «i

Da qui, e argomentando *a contrario*, si è ravvisata una distonia che si genererebbe tra la certezza del diritto e l'attività *nomogenetica* svolta attraverso la motivazione dalla Corte¹⁴⁷ nelle sue decisioni; è stata,

principi generali di ragionevolezza e di uguaglianza, quello della tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico e quello del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario». Su cui v. infra Cap.III, parag. 3.

¹⁴⁶ L. L. FULLER, *The Principles of Social Order*, a cura di K.I. Winston, Duke U.P., Durham (N.C.) 1981;

¹⁴⁷ Sul presupposto dell'impossibilità di modificare la legge dichiarata incostituzionale dalla Corte fu incentrato il discorso dell'allora presidente, Gaetano Azzariti, nel 1957, per negare la funzione legislativa: «Da ciò qualcuno è stato indotto ad affermare che la funzione della Corte costituzionale è vera e propria funzione legislativa, la quale diventerebbe poi necessariamente superlegislativa. Anche questa configurazione è inesatta. È vero che la Corte può eliminare una legge se la ritiene incostituzionale, ma non può modificarla. Ha quindi una funzione per così dire soltanto negativa, non quella positiva di fare le leggi. La sua perciò non è funzione legislativa». In www.cortecostituzionale.it; cfr. anche A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. Pen*, 1982, p. 305-312, ove si legge che: «Può ritenersi pacifico che la Corte sia titolare di un potere normativo, con riferimento al quale le sue sentenze di accoglimento (...) sono classificabili tra le fonti primarie a fianco della legge statale e regionale, degli atti primari del governo, del referendum abrogativo ecc., si pone evidentemente il problema di individuarne i limiti di tale potere, [...] che trae origine soprattutto dal carattere negativo che al potere della Corte deriva dal fatto di potersi manifestare soltanto attraverso la dichiarazione di illegittimità Costituzionale di una disposizione o norma attualmente vigente. Posto che [...] possono aversi oltre che sentenze "parziali" in senso stretto, anche sentenze "aggiuntive" o "sostitutive, sorge il problema di stabilire se per questa via la Corte possa raggiungere qualunque risultato compatibile con i canoni della logica giuridica, la cui attività deve evidentemente uniformarsi, oppure incontri qualche limite ulteriore" (per es. l'impossibilità per la Corte di sindacare norme penali di favore, e il limite, appunto della discrezionalità del legislatore, qualora la soluzione da adottare non

specialmente in alcuni momenti storici, avvertita come un *vulnus* e non come una fase di fisiologico contemperamento di ruoli e di attribuzioni, non completamente ascrivibili alle classica tripartizione dei poteri (e qui i riferimenti pertengono al vincolo prodotto dal giudicato costituzionale cd. manipolativo, allo strumento interpretativo della ragionevolezza, capace di penetrare la legislazione vigente e di ridefinire nuovi equilibri tra valori spesso contrapposti e sovrapponibili, alla luce di un diverso atteggiarsi dell'*idem sentire*).

Un approfondimento del tema che si dipana dalla prospettiva del carattere pratico della giurisprudenza costituzionale porterebbe all'analisi del concetto di «nesso di pregiudizialità», di rilevanza e di «efficacia della decisione»; d'altra parte, la soluzione del caso concreto sottoposto ai giudici *a quibus*, non è altro che il precipitato logico, e tuttavia *asimmetrico*, di un procedimento dialogico che, da un lato, trova la sua premessa minore nella prospettazione della questione, dall'altro resta vincolato alla autorità interpretativa della decisione della Corte costituzionale¹⁴⁸, in modo particolare di fronte alle:

«ampie alternative concettuali che si riconducono ai paradigmi della vita, della salute, della dignità umana, del pieno sviluppo della persona: uno schema rispetto al quale appare difficilissimo prospettare soluzioni o ipotesi di preferenza e compatibilità che valgano *per tutti e per sempre* (corsivo dell'Autore), costruzioni gerarchiche sempre nettamente definite nel raffronto tra gli interessi implicati, che riescano a superare il riferimento al caso, al fatto concreto, alla peculiarità e variabilità dei suoi elementi oggettivi e soggettivi».¹⁴⁹

appaia l'unica possibile)»; SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, in *Scritti Crisafulli*, I, Cedam Padova, 1985.

¹⁴⁸ G. DE MURO, *La soggezione del giudice alla legge e vincolatività per i giudici comuni delle sentenze "normative" della Corte costituzionale*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di P. Ciarlo-G.Pitruzzella-R. Tarchi, Giappichelli, Torino 1997, pp. 121-127.

¹⁴⁹ A. D'ALOIA, *Introduzione* al volume *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 2005, cit. p. XV.

La presenza del momento «giudiziario» della Carta fondamentale, avrebbe potuto riempire da sola l'intero campo della tutela dei diritti e, dunque, far arretrare la giurisdizione comune di fronte alle «applicazioni», più o meno dirette, della Costituzione, per concedere ad essa soltanto l'uso di mere «argomentazioni» di natura costituzionale, ma così non è stato, pertanto - su quest'ultimo punto - è necessario soffermarsi brevemente per introdurre quanto si dirà più avanti.

Infatti, riprendendo le fila del discorso sulla tutela dei diritti e della forza *conformativa* del fatto sul parametro, non resta esclusa l'ipotesi in cui sia il giudice comune ad applicare direttamente le previsioni costituzionali, anche prescindendo dall'interposizione legislativa.¹⁵⁰

Conclusivamente, una concezione rigorosamente plastica delle funzioni attribuite alla Corte costituzionale, conseguenza di una concezione della Costituzione come insieme di norme prive di rilevanza pratica e prescrittiva, non avrebbe consentito di procedere verso alcuna acquisizione di rigore scientifico; pertanto, solo da questo momento in poi e partendo da queste primissime e molto generiche osservazioni di carattere meramente introduttivo, sarà possibile specificare la tesi iniziale, essenzialmente lungo due possibili linee argomentative: il rapporto *mediato* tra la Corte costituzionale e il «fatto» e il rapporto *immediato* tra la Corte costituzionale e il «fatto»; entrambi i profili partono da un presupposto comune e unitario - punto focale dell'intero discorso - rappresentato dalla natura potenzialmente *incipite* del parametro di costituzionalità e dalla sua naturale permeabilità ai «fatti».

¹⁵⁰ Parzialmente diverso è il caso dell'interpretazione conforme della legge, o nell'adozione in concreto del necessario contemperamento tra le esigenze costituzionali e le finalità previste dal legislatore, in tale ultimo caso si tratta del cd. bilanciamento in concreto, su cui v. *infra* 2.2.

2. Quali fatti, quale metodo. Precisazioni terminologiche.

La tematica su cui verterà il paragrafo, consiste nel tentativo di ricostruire i profili essenziali di ciò che, sino ad ora, abbiamo chiamato genericamente «fatti», cioè l'insieme degli eventi che si sono prodotti nel passato, che si stanno verificando, o che si verificheranno nella realtà; che occupano un certo spazio, hanno una certa durata e che, in qualche misura, sono suscettibili di penetrare l'orizzonte cognitivo della Corte costituzionale finendo con l'assumere un ruolo determinante nel giudizio di legittimità.

Seguire uno schema simile e partire da aspetti particolari, si è, invece, rivelato necessario per trovare dei punti fermi cui ancorare il discorso, ed ha assolto una funzione quasi pedagogica: si è avvertita, sin dall'inizio, un'esigenza definitoria, dovuta all'inesistenza di monografie o saggi sull'argomento e alla presenza di pochi - ma densi e interessanti - contributi dottrinari sul tema, organizzati, tuttavia, in forma di brevi *excursus* (paragrafi o al massimo sezioni) nell'ambito di discorsi più ampi e generali¹⁵¹ ovvero di articoli, benché molto significativi, inseriti in prestigiosi volumi collettanei¹⁵².

¹⁵¹ Senza pretesa di esaustività, cfr. A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. Cost.* 1973, 1497 ss.; S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. Cost.* 1983; S. BASILE, *L'illegittimità costituzionale sopravvenuta per circostanze di fatto*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, 1966; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano 1988; A. CERRI, *Differenze di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 1977, 885 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi delle leggi e nei conflitti*, in *Giur. Cost.* 1978, 1335; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1997; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova 1973; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994; A. RUGGERI, *Scrittura costituzionale e diritto non scritto*, in *Dir. e Soc.*, n. 2/04, pp. 237-296; A. RUGGERI, *Fatti e Norme nei giudizi sulle leggi e le metamorfosi dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè,

Tutto ciò ha rafforzato l'intenzione di porre in risalto il ruolo centrale svolto in questo settore dalla giurisprudenza costituzionale.

In questa cornice, si cercherà, dunque, di verificare se, e in quale misura, l'analisi della recente giurisprudenza costituzionale offra nuovi spunti per mettere in discussione le conclusioni cui era già pervenuta la dottrina costituzionalistica impegnata nel dibattito e, quindi, verificare la presenza di uno spazio per proporre delle conclusioni sul tema, in tutto o in parte, innovative.

L'esperimento comincia dalla necessità di interrogarsi sulla configurabilità di una diversa classificazione delle tipologie di «fatti» rilevanti nel giudizio sulle leggi ma, per raggiungere questo obiettivo, si dovrà cominciare a delimitare l'indagine chiarendo che trovano ingresso, nel sindacato di legittimità, «fatti» anche non giuridici, «fatti» intesi come causa e come effetti, a prescindere dall'intervento normativo.¹⁵³

Milano 1996; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.* 2004, 411 ss; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008.

¹⁵² M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV. *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988. F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Il Giudizio*, op. cit. pp. 145 ss.; G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali*, op. cit. p.237-267; R. BIN, *La Corte e la Scienza*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, op. cit. pp.1-23; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte*, in AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, op. cit. pp. 245-269.

¹⁵³ Ciò per dire che il «fatto giuridico» e la «fattispecie», nell'ambito di questo discorso, non vanno intesi in valore assoluto, quale peculiare frutto della giurisprudenza dei concetti, poiché si tratta di nozioni - come si cercherà di dimostrare - strettamente connesse alle valutazioni della Corte costituzionale in ordine alla legittimità della legge impugnata; potendo assumere rilevanza ai fini dell'integrazione fattuale del parametro anche fatti non giuridici, ovvero fatti a cui l'ordinamento non riconnette conseguenze giuridiche, perché sarà la Corte costituzionale, attraverso la sua

Procedendo per gradi, il merito della prima indagine tra fatti includibili nel sindacato della Corte e fatti esclusi, si deve a Roberto Bin¹⁵⁴, il quale, si riferisce a «fatti generali e generalizzabili, tipizzabili; fatti del presente e proiettabili nel futuro (perché, se non sopravvivono al passato, diventerebbe “anacronistica” la norma che li presuppone), e perciò non sono necessariamente fatti reali, anche se mantengono una certa aderenza (sia pure “prognostica”) con il “mondo reale”»¹⁵⁵, trattandosi di dati non acquisibili attraverso definizioni normative e interpretative¹⁵⁶.

Mutuando la terminologia in uso nella cultura giuridica statunitense, l'Autore citato distingue tra *legislative facts* e *adjudicative facts*: «i primi sono fatti sociali, economici, politici, scientifici, e quindi anche concatenazioni causali tra questi accadimenti e relative “leggi” scientifiche; i secondi riguardano le parti del processo».¹⁵⁷

Salve eccezioni, in questa prospettiva, la Corte costituzionale può trovarsi, senza dubbio, a trattare solo di «fatti legislativi»¹⁵⁸, ovvero dei presupposti fattuali connessi alla legge.

decisione, a riconoscerne. Per la bibliografia sul tema si rinvia alle voci enciclopediche di A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. Dir.* XVI, Milano 1967, p. 941, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.* XIV, Milano 1965, C. MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Noviss. Digest. It.*, VII, Torino 1961; S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1945.

¹⁵⁴ R. BIN, *Atti normativi*, *Op. cit.* Dello stesso anno è il contributo di M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV. *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988.

¹⁵⁵ Intendendo, con l'espressione «mondo reale», i dati che «richiedono il ricorso a cognizioni extragiuridiche, provenienti da altre discipline scientifiche o, magari, dalla comune esperienza», *Ivi*, cit. p. 334.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ivi*, p. 333.

¹⁵⁸ Le eccezioni cui si riferisce l'Autore riguardano, in generale le leggi «personali», a ben vedere, atti non normativi ma provvedimenti concreti, dove l'accertamento dei fatti, teoricamente, avrebbe potuto creare interferenze con la giurisdizione comune. Per questo motivo, l'illustre studioso sottolinea, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 27/67, che: «proprio il problema di mantenere distinte le sfere delle attribuzioni rispettive della Corte e del giudice

Esistono, degli elementi «fattuali» che insistono e pressano sulla decisione di legittimità, connessi, naturalmente, all'atto legislativo o agli atti ad esso equiparati (mi riferisco alla cd. situazione normativa) e tuttavia, l'errore più grave in cui si potrebbe incorrere - allorquando si cerca di collegare il diritto costituzionale, e le sue disposizioni, alle vicende umane - sarebbe allargare in maniera indiscriminata l'oggetto del sindacato, se non di stravolgerlo; sarebbe come parlare di tutto e di niente: ogni cosa potrebbe essere considerato un «fatto».

L'equivoco nasce dal presupposto che le disposizioni Costituzionali, lungi dal definire dei fatti *giuridicamente* rilevanti – ovvero quei fatti-tipo cui la norma giuridica attribuisce un determinato effetto giuridico¹⁵⁹ - si trovano a dover essere calate in contesti concreti e quindi possono presupporre solo fatti *logicamente* rilevanti – ovvero quei fatti che, nel ragionamento della Corte valgono ora come argomenti per la motivazione, ora come veri e propri elementi di integrazione del parametro.

In altri termini, le possibilità che la fonte primaria possa, improvvisamente, diventare inadeguata agli scopi per cui è stata pensata, sono diverse e non devono far pensare unicamente ai soli «fatti» sopravvenuti (come l'evoluzione tecno-scientifica) ma, anche ad altre ipotesi in cui la legge possa diventare illegittima per l'effetto di una diversa interpretazione che la Corte costituzionale dà a «fatti» già

di merito nell'accertamento dei “fatti” (necessariamente “individuali”), portò la Corte, certo non senza molte oscillazioni, ad adottare formule particolari di dispositivo di accoglimento, con le quali viene assegnato valore ipotetico alla pronuncia di incostituzionalità, “condizionandola” all'accertamento dei fatti nel giudizio principale».

¹⁵⁹ La terminologia «fatti giuridicamente rilevanti» e «fatti logicamente rilevanti» è presa in prestito da M. Taruffo, per il quale, tuttavia, la distinzione è volta a stabilire che cosa può e deve essere provato in un processo: «un fatto è *giuridicamente rilevante* (nel gergo statunitense *material*) quando corrisponde al tipo di fatto definito dalla regola giuridica [...] quindi i fatti rilevanti sono definiti con riferimento alla norma la cui applicazione viene ipotizzata come criterio per la decisione finale [...] Un fatto è poi *logicamente rilevante* se, non essendo principale, può essere utilizzato come una premessa, come un punto di partenza per inferenze che possono portare a conclusioni riguardo alla verità o alla falsità di un fatto principale». *Op. ult. cit.* p. 42.

presenti nella realtà, che - inquadrati nelle ordinanze di inammissibilità o nelle sentenze di rigetto come «meri fatti» - possono poi diventare significativi, in momenti diversi, su diversa interpretazione che ad essi venga riservata dalla Corte.

2.1 Dai «fatti bruti» ai «meri fatti»: la costruzione giudiziaria dei fatti costituzionalmente (ir)rilevanti. «Disparità di fatto» e «inconvenienti di fatto» nel linguaggio della Corte.

Che i fatti bruti, ovvero quelli che «esistono indipendentemente da ogni istituzione umana»¹⁶⁰, non rientrino nello scrutinio della Corte

¹⁶⁰ «Senza implicare che questi siano il solo genere di fatti che esistono nel mondo, abbiamo bisogno di distinguere tra *fatti bruti*, come quelli che il Sole dista 93 milioni di miglia dalla Terra, e fatti *istituzionali*, come quello che Clinton è presidente degli Stati Uniti. I fatti bruti esistono indipendentemente da ogni istituzione umana; i fatti istituzionali possono esistere solo all'interno di istituzioni umane. I fatti bruti richiedono l'istituzione del linguaggio affinché si possano *stabilire* i fatti, ma essi esistono del tutto indipendentemente dal linguaggio e da ogni altra istituzione. [...] I fatti istituzionali, dall'altra parte, richiedono istituzioni umane

costituzionale, sembrerebbe un'affermazione connotata da una certa banalità e priva di rigore scientifico, giacché è pacifico che, dai «meri fatti», non sarebbe possibile trarne conseguenze giuridiche¹⁶¹.

E l'attenzione, cadendo sull'analisi dei fatti decisivi per la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi impugnate, pone un interrogativo preliminare, riguardante l'esistenza (o l'inesistenza) di uno o più criteri, attraverso i quali la Corte costruisce, di volta in volta, i «fatti» da cui far dipendere la soluzione della questione.

D'altra parte, la controversia epistemologia riguardante le scienze naturali ha indubbiamente influenzato anche il metodo giuridico¹⁶², mettendo in discussione l'oggettività presupposta dall'illuminismo e dal neo-illuminismo: già nelle scienze storiche e sociali era stato rilevato che «elaborare un fatto, significa costruirlo»¹⁶³, e che «non si danno mai fatti bruti» in quanto «lo schema concettuale, scientifico, culturale, personale può determinare i fatti che noi accettiamo rilevanti»¹⁶⁴.

Se l'impostazione di fondo assunta come punto di partenza è che «tutte le scienze fabbricano il loro oggetto»¹⁶⁵, e se i fatti scientifici vengono creati dagli scienziati¹⁶⁶, forse, in modo non altrettanto esplicito,

speciali per la loro stessa esistenza.» J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Edizioni di Comunità, Milano 1996, cit. pag. 37.

¹⁶¹ In maniera critica sulla decisività dei fatti nel giudizio sulle leggi, L. PALADIN, *La Corte costituzionale*, che richiama le osservazioni di G. GEMMA, *Principio costituzionale*, per il quale «dai dati reali, empirici, non possono ricavarsi effetti normativi senza un salto logico».

¹⁶² Sulle affinità tra il metodo giuridico e il metodo scientifico, giacché entrambi non opererebbero direttamente su fatti sottoponendo questi ultimi ad un processo di continua costruzione ricostruzione, G. SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Ashgate Publishing, Burlington, VT 2003. Del 14 maggio 2010 è il recente convegno svoltosi a Napoli presso l'Auditorium del CEINGE-Biotecnologie avanzate, dal titolo « Il terribile potere. Metodo scientifico, metodo giuridico e diritto penale».

¹⁶³ L. FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, trad. it a cura di C. Vivanti, Einaudi, Torino 1992, cit. p.

¹⁶⁴ J. J. CARROL, in *Teoria e metodo della scienza*, a cura di C. Huber, UGE, Roma 1981, cit. p. 149.

¹⁶⁵ L. FEBVRE, *Op.*, cit. p. 165.

¹⁶⁶ Come sostenuto da J. Henrie Poincaré, matematico e studioso della geometria non euclidea, «sembra superfluo cercare se il fatto

anche la Corte costituzionale può tradurre in un linguaggio comodo il «fatto bruto»¹⁶⁷ dando ad esso, comunque, dignità *lato sensu* giuridica, valida ad escludere che una determinata circostanza, sia tale da rilevare ai fini della declaratoria di incostituzionalità.

In questo senso, il lavoro che il Giudice delle leggi compie sui fatti - come sarà meglio evidenziato nel prosieguo del lavoro - non è dissimile dal lavoro svolto dai giudici comuni nella costruzione giudiziaria dei casi¹⁶⁸.

La Corte ha più volte affermato che gli inconvenienti di fatto, scaturenti dall'applicazione delle norme censurate, sono estranei al controllo di costituzionalità, così come sono irrilevanti ai fini del giudizio, non soltanto le «mere disparità di fatto»¹⁶⁹, ma anche i «meri inconvenienti di fatto».

bruto è al di fuori della scienza, giacché non vi può essere né scienza senza fatto scientifico, né fatto scientifico senza fatto bruto, in quanto che il primo è traduzione del secondo». Cfr. H. POINCARÉ, *Le valeur de la science*, (1905) trad.it, *Il valore della scienza*, La Nuova Italia, Firenze 1952, cit. p. 231-232. Nella *Prefazione* all'edizione del 1970 dell'Opera di Poincaré, Jules Vuillemin, evidenzia come per l'Autore il concetto di «fatto bruto» comprenda anche dati sensoriali, sensazioni e ricordi, in *Il valore della scienza*, ed. Dedalo, 1970, cit. p. 15. La frase virgolettata nel testo è contenuta *ivi*, p. 171.

¹⁶⁷ Sempre secondo Poincaré, «il fatto scientifico non è che il fatto bruto tradotto in un linguaggio comodo».

¹⁶⁸ Si vedano in particolare le innovative tesi di F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*. Franco Angeli, Milano 2008, l'Autrice, anche attraverso l'ausilio di „interviste“ alle parti processuali, analizza e dimostra come, in realtà, siano gli avvocati e i giudici ad interpretare e costruire i fatti, aderendo alle conclusioni cui è giunta la cd. teoria narrativa del diritto facente capo a Bruner; nonchè M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari 2009; J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Il Mulino 2009.

¹⁶⁹ Cfr. ad es. Corte costituzionale sentenza n. 238 del 1983, in cui si afferma l'inattitudine delle disparità di mero fatto a porsi come offensive dei precetti costituzionali e la sent. n. 141 del 1984 relativa ad una legge di amnistia e indulto, ove la Corte dichiarò l'inammissibilità di alcune richieste di pronunzie additive, ritenendo più tollerabile in termini di razionalità per l'ordinamento, una

Il (non)controllo su queste circostanze ha portato, tuttavia, la Corte a enucleare una sorta di definizione delle stesse: le prime, sono state intese come «differenze di trattamento derivate da circostanze accidentali e da fatti contingenti, non riferibili alla norma in sé considerata»¹⁷⁰; mentre i secondi sembrano, piuttosto, rappresentare una categoria residuale rispetto alla prima, in cui confluiscono tutte quelle situazioni fattuali che non possono dirsi vere e proprie discriminazioni, per esempio, sono «meri inconvenienti di fatto» quelli che, assumendo il carattere di rilievi di opportunità, resterebbero nell'ambito del merito legislativo e pertanto esterni al controllo della legittimità costituzionale¹⁷¹ e, soprattutto, quelli derivanti da una determinata applicazione fatta dal giudice *a quo* delle norme censurate¹⁷².

Si rileva, così, la duplice *ratio* sottesa all'esclusione dal sindacato di legittimità della categoria dei «meri inconvenienti di fatto»: da una parte, emergono nitide esigenze connesse alle logiche della funzione dell'organo, che hanno condotto la Corte a dirottare il discorso qualora l'«inconveniente di fatto» sia il risultato della scelta discrezionale del legislatore, da valutare alla luce dei principi costituzionali, i quali non escludono una ragionevole limitazione di altri diritti sempreché siano

disparità di mero fatto, piuttosto che le conseguenze derivanti dall'accoglimento della questione.

¹⁷⁰ Corte costituzionale, sent. n. 417 del 1996. Significativamente l'ord. n.8 del 2006 ribadisce il nesso tra la concreta applicazione della disposizione «legata ai molteplici fattori che possono, nei singoli casi concreti, determinare differenze applicative della normativa di cui si tratta» e, appunto, l'inidoneità – per costante giurisprudenza della Corte – della disparità di trattamento denunciata dal remittente, a fondare un giudizio di violazione del principio di eguaglianza qualora quest'ultima si risolva in una disparità di mero fatto. Costante giurisprudenza, che viene fatta risalire alla sent. n. 163/72, e relativa al diverso trattamento riservato a colpevoli dello stesso reato giudicati prima o dopo l'applicazione del decreto presidenziale di amnistia. Nel merito la Corte osservava che il sopravvenire del provvedimento di clemenza in un momento anteriore o posteriore la sentenza di condanna è una circostanza fortuita «espressione di una mera disparità di fatto, cui è estranea la legge», dunque «irrilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 3 della Costituzione».

¹⁷¹ Cfr. *ex plurimis*, sentt. nn. 223/83 e 228/98, ord. n. 410/05.

¹⁷² Ord. Corte costituzionale n. 427/08.

sorrette da una razionale giustificazione¹⁷³; dall'altro, la semplice irrilevanza, con un conseguente aggravio per il Giudice relatore/estensore sulla motivazione della decisione, diretto non solo a censurare il giudice *a quo* per la cattiva prospettazione della questione, ma anche a rimarcare il "potere" della Corte in merito alla decisione su quali siano i «fatti» da considerare rilevanti per il giudizio.

2.1.2. Il potere interpretativo della Corte nella costruzione dei fatti costituzionalmente (ir)rilevanti: la giurisprudenza in materia di convivenza more uxorio.

In realtà, ciò consente di intravedere all'interno della riflessione qui proposta, le ombre di un primo, piccolissimo, risultato: la razionalità del bilanciamento dei principi operato dal legislatore, da solo - per le motivazioni di cui si è fatto cenno in premessa - non può essere condizione sufficiente della non incompatibilità degli sviluppi interpretativi con il complessivo assetto della Costituzione e per questo

¹⁷³ Così nella sentenza n. 108 del 2009, si è precisato che «le conseguenze della disposizione impugnata, lamentate nell'ordinanza di rimessione, non costituiscono inconvenienti di fatto, accidentalmente prodotti dalla disposizione stessa, ma il risultato che essa intende raggiungere». In dottrina si veda A. CERRI, *Differenze di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1977, cit. p. 887, secondo il quale «le differenze fattuali assumono rilevanza quante volte abbiano attinenza con la *ratio* delle norme considerate oppure con gli effetti di esse, quali si producono inevitabilmente in un certo contesto economico e sociale», nonché L. VIOLINI, *Vuoto normativo, disparità di fatto e scelte "tecniche"*, in *Giur. Cost.* 1988, p.4248, la quale osservava che la "tecnica" non è più uno schermo dietro il quale il legislatore e la Corte possono celarsi per invocare l'esistenza di uno spazio riservato ai tecnici ma, al contrario; da ultimo cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 134-135, il quale enuncia una serie di criteri per indicare la decisività delle «disparità di fatto» ai fini dell'illegittimità costituzionale, ad esempio nel caso in cui tali disparità ledano un diritto costituzionale o ne comprimano il contenuto essenziale.

occorre un'espressa presa di posizione della Corte costituzionale sulla qualificazione dei «fatti».

La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di convivenza *more uxorio* offre un punto di vista privilegiato per poter esplicitare questa proposta metodologica: mero fatto (inapprezzabile); fatto costituzionalmente irrilevante; rilevanza costituzionale del fatto.

Va premesso che in diverse occasioni¹⁷⁴, la Corte, chiamata a decidere sulla ragionevolezza della disparità di trattamento - ovvero della mancata equiparazione del vincolo *de quo* rispetto al rapporto coniugale - ebbe a qualificare il primo come un «*rapporto di fatto*, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri, previsti dagli artt. 143, 144, 145, 146, 147, 148 cod. civ., che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima»¹⁷⁵.

Un *rapporto di fatto*, non solo costituzionalmente irrilevante, ma neanche «*inapprezzabile*, poiché privo delle caratteristiche di certezza e di stabilità, proprie della famiglia legittima, rimarcandosi la possibilità di far cessare unilateralmente e in qualsivoglia coabitazione può venire a cessare unilateralmente e in qualsivoglia momento»¹⁷⁶.

Successivamente, invece, allo stesso *rapporto di fatto* è stata riconosciuta rilevanza costituzionale, ma nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantita dall'art. 2 Cost.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Sentenze n. 8/96 e n. 237/86; ordinanze n. 121/04 e n. 352/89.

¹⁷⁵ Cfr. sentenza n. 45/80, punto n.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁶ Testualmente cit. sentenza Corte cost. n. 237/86, punto 3a) del *Considerato in diritto*, in cui si commenta la precedente giurisprudenza, con esplicito riferimento alla sent.45/80.

¹⁷⁷ Sentenza n. 237 del 1986. A tale riguardo, si deve ribadire quanto già più volte affermato dalla Corte, cioè che la convivenza *more uxorio* non può essere assimilata al vincolo coniugale per desumerne l'esigenza costituzionale di una parità di trattamento. La stessa Costituzione ha valutato le due situazioni in modo diverso, ed il dato assume rilievo determinante in un giudizio di legittimità costituzionale: il matrimonio forma oggetto della specifica previsione contenuta nell'art. 29 Cost., che lo riconosce elemento fondante della famiglia come società naturale, mentre il rapporto di convivenza assume rilievo circoscritto alla protezione dei diritti inviolabili.

E' ben vero che, in relazione ad ipotesi particolari, si possono riscontrare tra convivenza *more uxorio* e rapporto coniugale caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria una identità di disciplina, che la Corte può garantire attraverso il controllo di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost. e che, in presenza di determinati presupposti, ha in concreto realizzato¹⁷⁸.

Passando, dunque per una fase transitoria, la trasformazione della coscienza e dei costumi sociali, cui la giurisprudenza della Corte non è indifferente¹⁷⁹ ha messo in evidenza che, senza dubbio, la convivenza *more uxorio* costituisce un rapporto giuridicamente rilevante¹⁸⁰ ormai

¹⁷⁸ Sul punto cfr. sentenze n. 559/89 e n. 404/88, precedenti richiamati dalla sent. n.140/09, per cui «l'elemento unificante tra le due situazioni è stato ravvisato nell'esigenza di tutelare il diritto sociale all'abitazione, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost.». Alle differenze fra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio si richiama anche la sentenza n. 86 del 2009 che, dichiara manifestamente infondato il dubbio di legittimità avente ad oggetto l'art. 85, primo comma, numero 1, del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124. La censura è stata mossa in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 11, 30, 31, 38 e 117 Cost., laddove si prevede che, in caso di decesso del lavoratore per infortunio, sia disposta una rendita per il coniuge senza garantire alcunché al convivente *more uxorio*. La Corte ritiene che le differenze, siano collegabili ai caratteri di «stabilità, certezza, reciprocità e corresponsività dei diritti e doveri che nascono soltanto» dal vincolo coniugale. In particolare, poi, per la materia che qui interessa, «la mancata inclusione del convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità trova una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che il suddetto trattamento si collega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che, nel caso considerato, manca».

¹⁷⁹ Sentenza n. 8/96, in *motivazione*.

¹⁸⁰ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 140/09: «In questo quadro, l'aspetto dei comuni sentimenti affettivi, che ben possono essere presenti in un rapporto di coniugio come in uno stabile rapporto di convivenza, non è idoneo a superare le diversità tra le due situazioni poste in luce dalla giurisprudenza di questa Corte. Tali diversità, senza escludere la riconosciuta rilevanza giuridica della convivenza di fatto, valgono però a giustificare che la legge possa riservare in linea di principio all'una e all'altra situazione un trattamento non omogeneo.»

entrato nell'uso e comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale, ma, tuttavia ciò, non giustifica la perdita dei contorni caratteristici delle due figure, fino a consentire la collocazione in una visione unificante.

L'esemplificazione proposta offre un motivo per non affrontare la tematica del «fatto» in rapporto diretto con l'affascinante e complessa questione della discrezionalità legislativa e della ragionevolezza, giacché si tratterebbe di uno sguardo troppo distanziato, che porterebbe a considerarla come un argomento a se stante, dotato di logiche completamente autonome e inevitabilmente agganciabili soltanto alle decisioni sulla ragionevolezza, massima espressione di controllo sulla discrezionalità del legislatore, correndo, così, il rischio di non cogliere le molteplici sfaccettature che assume il valore del fatto qualora lo si faccia interagire in maniera diretta con il parametro costituzionale.

Successivamente verrà chiarito un aspetto fondamentale, ovvero che, il fatto davanti alla Corte assume un significato diverso a seconda della tipologia di giudizio in cui viene “chiamato in causa”, infatti, nello stesso ambito del giudizio di legittimità in via incidentale (che, in fondo, segna il perimetro del discorso *de quo*) è possibile individuare grandi aree tematiche dove il fatto diviene decisivo e volto ad indagare se il ragionamento del Giudice delle leggi sia comprensivo di «valutazioni di fatto»¹⁸¹.

Il nodo centrale (e noto) della questione, si percepisce sottolineando con vigore il reciproco confronto e influenzamento tra i tratti del parametro e le pressioni esercitate dai casi concreti¹⁸²; tra la singolarità delle caratteristiche strutturali del primo e la tendenziale aspirazione dell'impresa giuridica alla certezza e alla stabilità, senza per ciò soltanto schierarsi a favore di una visione statica e immutabile di legislazione.

¹⁸¹ Innanzitutto, nei giudizi sulla ragionevolezza e di eguaglianza, segnatamente, quelli relativi alla legittimità di una legge-provvedimento_____ e, sotto diverso profilo, potrebbe dirsi per l'ancora troppo inesplorato ambito della tutela cautelare nei giudizi costituzionali. Per una trattazione puntuale e organica di tale tema, si rinvia al recente contributo di A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli 2009.

¹⁸² G. Zagrebelsky, *La legge*, op.cit.

2.2 L'analisi della Corte sulla fattispecie concreta oggetto del giudizio *a quo* e l'aggancio processuale alla rilevanza.

Prospettata l'ipotesi metodologica in base alla quale la Corte costruisce e qualifica i fatti del giudizio, in questa sezione del lavoro si propone una riflessione sui possibili rapporti tra i fatti oggetto dell'accertamento principale e il sindacato di legittimità; pertanto si propone un'indagine sulle implicazioni ermeneutiche e relative agli esiti del giudizio di costituzionalità.

Per sgombrare immediatamente il campo da possibili equivoci, deve premettersi la differenza tra i "fatti presupposti" della legge e cioè che corrispondono alla valutazione del legislatore (cd. *legislative facts*)¹⁸³ e la fattispecie concreta inerente al giudizio *a quo* (cd. *adjudicative fact*)¹⁸⁴.

¹⁸³ Si tratta di un argomento diffuso nella giurisprudenza delle Corti federali americane, per rendere l'idea, cfr. Corte del Massachusetts *Fed'n of Teachers, AFT v. Board of Educ.*, 436 Mass. 763, 772, 767 N.E.2d 549, 558 (2002). Sentenza conforme alla decisione della Supreme Court *United States v. Bello*, punto F.3d pp.18-23 (1st Cir. 1999), ove si legge: «Legislative facts are those facts, including statistics, policy views, and other information, that constitute the reasons for legislation or administrative regulations»; dello stesso giudicante, *Cast Iron Soil Pipe Inst. v. Board of State Examiners of Plumbers & Gas Fitters*, (1979), e i casi citati.

¹⁸⁴ Sulla definizione di *adjudicative facts* la giurisprudenza federale è unanime nel ritenere che si considerano tali «the kind of facts that go to a jury in a jury case». Ancora una sentenza della Corte del Massachusetts, *Reid v. Acting Comm'r of the Dep't of Community Affairs* del 1972, cui si richiama al § 7.02 della celeberrima opera di K.C., DAVIS, *Administrative Law Treatise* del 1958, St. Paul, Minn., richiamata anche da R. Bin nel suo *Atti normativi*, op. cit. in nota (142), alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici. Dalle fonti e dalla giurisprudenza statunitense è alquanto evidente che i cd. *adjudicative facts* sono fatti da provare nel giudizio, che devono essere sottoposti alla giuria e che si differenziano anche dai fatti ordinari (*ordinary facts*). È stato anche scritto : «adjudicative facts, of which a trial court may take notice if a fact is not subject to reasonable dispute, are those to which law is applied in the process of adjudication; they are facts that, in a jury case, normally go to the jury. The role of a U.S. court is to resolve the dispute that has brought the parties before it. Determining what happened to whom, when and how it happened,

In queste ipotesi si tratta dei presupposti di fatto della legge, la cui erronea supposizione ovvero l'inadeguatezza rispetto alla realtà socio-economica o politica, comporta l'irragionevolezza dell'atto impugnato¹⁸⁵.

and what the result is or will be, is part of the adjudicative process by which the court reaches that resolution. These determinations establish the adjudicative facts of the dispute. Adjudicative facts differ from ordinary facts in that they are considered facts only if the court recognizes and accepts them [...] Adjudicative facts differ from legislative facts, which are general and can be applied to any party in a similar situation. For example, the facts used by a court to determine the legality of a tax increase levied against a single taxpayer would be adjudicative facts particular to that taxpayer's case. By contrast, the facts used to determine the legality of a general tax increase levied against all the residents of a city would be legislative in nature. Because facts can be perceived and interpreted differently by different people, the skillful lawyer is careful about what facts to present and how to present them at trial» in R. A. CARP- R. STIDHAM, *The Judicial Process in America*, Congressional Quarterly Press, Washington, D.C 1990; R. M. FRAHER, *Adjudicative Facts, Non-evidence Facts, and Permissible Jury Background Information*, in *Indiana Law Journal* 62 n.3/87, cit in [http:// legal-dictionary.com](http://legal-dictionary.com).

Per la Corte federale del Nebraska, «A fact is adjudicative if the fact affects the determination of a controverted issue in litigation» cit. *State v. Vejvoda*, 231 Neb. 1989.

¹⁸⁵ Sul rilievo che la composizione dei vari interessi da parte del legislatore può dirsi razionalmente fondata solo se procede da una esatta rappresentazione della realtà, si veda M. LUCIANI, *I fatti e la Corte*, op. cit. p. 538, per il quale l'erronea rappresentazione della realtà è sostanzialmente identica al vizio dell'eccesso di potere, e la sua qualificazione in termini diversi, non potrebbe essere altro che terminologica.

Corollario più evidente, il fenomeno cd. di anacronismo legislativo.

Nel quadro della costante giurisprudenza della Corte costituzionale ci sono dei ben noti momenti in cui si “guarda” direttamente ai fatti della causa, i quali diventano strumentali e necessari per la risoluzione della questione di legittimità¹⁸⁶.

Tra questi, la dottrina vi ha fatto rientrare senza dubbio, il controllo sulla consistenza dei fatti e delle relazioni causali presupposti dal legislatore nei giudizi di uguaglianza; gli elementi di fatto assunti per accertare vizi formali nell’atto legislativo; le fattispecie concrete assunte come presupposti oggettivi delle leggi-provvedimento, dove, in realtà vi è una perfetta aderenza tra i fatti legislativi e i fatti oggetto del giudizio principale; e le fattispecie concrete, da assumere come *tertia comparationis*, nell’*iter* interpretativo finalizzato ad una sentenza additiva.

In altri casi, invece l’omessa descrizione della fattispecie determina l’inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza¹⁸⁷, e cioè, l’inammissibilità si collega alla mancata descrizione della fattispecie adeguata alla verifica di rilevanza. La specificazione della fattispecie concreta, che consenta di determinare l’oggetto del giudizio di costituzionalità, è altresì essenziale nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, dovendo, la Corte giudicare se la norma, della cui legittimità costituzionale si dubita, sia applicabile dal giudice per la tutela del diritto soggettivo e dell’interesse legittimo o sia invece estranea al *thema decidendum*¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Anche la Corte costituzionale italiana ha utilizzato il concetto di *fatti legislativi*, tuttavia per contrapporli ai *fatti sociali* nella celebre decisione sulla multiterapia Di Bella sent. n. 185/98: «La determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione di un complesso di sostanze e l’autorizzazione al loro impiego nei confronti di altri soggetti estranei alla sperimentazione, prima che siano noti gli esiti di essa (in deroga alla regola posta dal comma 1 dell’art. 3 del decreto-legge n. 23), non sottendono, certo, un “riconoscimento della utilità di impiego” dei medicinali compresi nel multitrattamento (art. 1). Costituiscono, però, un “fatto legislativo” che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero “fatto sociale” spontaneo.»

¹⁸⁷ Cit. Corte costituzionale, sent. n.29/82.

¹⁸⁸ È questo il caso della sentenza della Corte cost. n.29/82 confermativa dei propri precedenti (sentenze nn.45 e 60 del 1972, n.178 e n.180 del 1981).

Appare, con una certa evidenza, il nesso tra il sindacato sulla legge e la fattispecie concreta oggetto del giudizio *a quo*, se non altro da quel punto di vista argomentativo che si pone in corrispondenza della valutazione sulla motivazione della rilevanza.¹⁸⁹

Andrebbero così, *in primis*, considerati il panorama della giurisprudenza costituzionale e della dottrina sul requisito della rilevanza¹⁹⁰ e, in una certa misura, anche la prassi della restituzione degli atti (qualora la Corte demandi al giudice *a quo* l'accertamento su fatti che in realtà essa ritiene rilevanti per il giudizio di legittimità costituzionale).

L'esame puntuale della rilevanza della ordinanza di rimessione rappresenta, da sempre, uno *strumento di politica costituzionale*¹⁹¹; la lavagna sulla quale la Consulta traccia, a beneficio dei giudici comuni, le coordinate attraverso le quali inverte i parametri costituzionali e filtrare, appunto, in concreto i casi sottoposti al suo esame.

¹⁸⁹ Sulla motivazione della rilevanza, nell'ambito del giudizio in via incidentale delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento al dubbio di comunitarietà, sia consentito rinviare ad A. CICCARIELLO, *La costruzione del contesto comune*, op. cit.

¹⁹⁰ La disciplina delle condizioni, delle forme e dei termini di proponibilità dei giudizi è dettata dalla l. cost. n.1 del 1948 e dall'art. 23 della l. n. 87/53; tralasciando l'aspetto della duplicità della legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale in via incidentale, va immediatamente detto che la questione di legittimità costituzionale proposta d'ufficio dal giudice davanti al quale pende il giudizio è introdotta con ordinanza recante le disposizioni di legge o di atto avente forza di legge *viziate* di illegittimità costituzionale e le norme costituzionali che si ritengono *violate*. Il contenuto necessario dell'ordinanza di rinvio va poi corredato della motivazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, dei requisiti ineludibili del sistema introduttivo del controllo di costituzionalità sulle leggi in via incidentale, la rilevanza e la non manifesta infondatezza, consistente la prima nell'impossibilità di definire il giudizio *a quo* indipendentemente dalla risoluzione della stessa questione di legittimità costituzionale cui si riferisce l'eccezione.

¹⁹¹ F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi. in *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1972, p. 155; L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Foro it.* 1986.

Non a caso, la metafora del giudice *a quo* come *portiere*¹⁹² va letta in relazione al ruolo istituzionalmente affidatogli dall'ordinamento, onde evitare: il pervenire dinanzi alla Corte questioni ondivaghe e poco plausibili¹⁹³; il tramutarsi in un espediente meramente dilatorio o defatigatorio¹⁹⁴, la sospensione del processo pregiudicato.

Proprio in quanto strettamente connessa al carattere incidentale del giudizio di costituzionalità nei suoi legami con il *fatto* che ha originato la causa pregiudicata¹⁹⁵, la rilevanza è stata per quest'aspetto definita già dai primi commentatori della legge 87/53, in assenza del substrato giurisprudenziale offerto dalle decisioni della Corte, come l'*interesse istituzionale ad agire*¹⁹⁶, potere/dovere attribuito al giudice per depurare

¹⁹² P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (1950), in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968.

¹⁹³ M. CAPPELLETTI, nel 1957 sottolineava la necessità che arrivassero alla Consulta soltanto «questioni serie e non avventate», cfr. *La pregiudizialità nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1957, cit. p.116.

¹⁹⁴ La proposizione di questioni di costituzionalità sollevate al solo fine di ottenere la sospensione del processo è un'eventualità prospettata da E. REDENTI, *La legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1957, cit. p.69. Sul provvedimento di sospensione del processo a quo come strumento dilatorio defatigatorio e come riflesso giuridicamente necessario della rilevanza si vedano le osservazioni di A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1990, pp. 132-145.

¹⁹⁵ Tanto da indurre la Corte costituzionale a colpire con la manifesta inammissibilità della questione sollevata i casi di omessa o carente descrizione della fattispecie oggetto dei *giudizi a quibus* (cfr. ord. n. 72/07) in quanto tale omissione si tradurrebbe (cfr. ord. n. 114/07) o in un «difetto di motivazione sulla rilevanza, rendendo la questione meramente ipotetica», ovvero in un «difetto di motivazione sulla rilevanza» (cfr. ordd. nn. 91, 278, 421/07); in ogni caso, con l'effetto di rendere difficilmente sindacabile l'applicabilità in concreto della norma censurata al caso dedotto (cfr. *ex plurimis* ordd. nn., 55, 110, 123, 242, 319 e 459, sentt. nn. 206 e 234 del 2006 e ordd. nn. 29, 390, e 476 del 2005).

¹⁹⁶ In dottrina cfr. F. CARNELUTTI, *Interesse ad agire nel processo costituzionale?*, in *Riv. Dir. Proc.* 1960. Decisiva, per la tesi che si sostiene, la successiva «storica» sentenza della Corte costituzionale n. 59/60, dalla quale traspare la sostanziale coincidenza tra rilevanza

l'ordinamento¹⁹⁷ da tutte le norme abnormi rispetto all'insieme di principi e regole che permea lo stato costituzionale di diritto.¹⁹⁸

(*interest rei publicae*) e pregiudizialità, nonché la sussistenza del dovere riconosciuto al giudice comune di sollevare, dopo aver esercitato la propria autorità interpretativa, null'altro che la questione di legittimità costituzionale: «il giudice ha il dovere di deferire la questione alla Corte costituzionale [...] per il sol fatto della esistenza di un sospetto di incostituzionalità, *interest rei publicae* che sulla questione si pronunci l'organo di garanzia costituzionale. Le uniche indagini che il giudice deve e può compiere, prima di rimettere alla Corte una questione, sono quelle circa la necessaria pregiudizialità di tale questione rispetto al caso da decidere e la non manifesta infondatezza [...]». Sulla possibilità di qualificare come pregiudiziale in senso tecnico la questione di costituzionalità in base al rilievo della sua mancanza di autonomia rispetto al processo *a quo* si rinvia alla primissima dottrina che ha enucleato la categoria della pregiudizialità costituzionale: G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, 1957, pp. 40 ss.; CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, op. cit., pp. 62 ss.; GIONFRIDA, *Giudizio di legittimità costituzionale*, cit., pp.98 ss.; P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale*, cit., pp.373 ss.

¹⁹⁷ In altre parole, attraverso la motivazione della rilevanza i giudici sono in grado di spezzare il legame che li vincola alla legge incostituzionale applicabile con la conseguente affermazione della doverosità dell'esercizio da parte del giudice di sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale che gli appaia rilevante e non manifestamente infondata. Quando tale stato di soggezione venga meno per una qualsivoglia ragione - come nel caso in cui la norma comunitaria produttiva di effetti diretti (indiscussi) renda inapplicabile la disposizione interna contrastante - non si avrà più la necessità di ricorrere alla Corte per il venir meno della rilevanza. Così M. CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, p.65 «Il giudice non darà mai la preferenza alla pregiudizialità costituzionale e non sospenderà quindi mai il processo per causa di detta pregiudizialità se non dopo avere risolto quelle questioni le quali abbiano la possibilità di escludere la rilevanza della norma della cui legittimità si tratta»; cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in Enc. Dir., XXXVI, Milano 1987, pp. 584 ss.

¹⁹⁸ M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, op. cit., pp. 150, 164 e nota, p.206, secondo il quale, anzi, la formula dell'art. 23 l. 87/53, nella parte in cui «la questione può essere sollevata d'ufficio» sarebbe una

D'altra parte, i riferimenti normativi della questione di legittimità, devono pur essere individuati con riferimento al momento della rilevanza, e cioè ai fatti di cui si giudica nel processo *a quo*.¹⁹⁹

La fattispecie concreta del processo pregiudicato dunque è radicata nella struttura di almeno uno dei momenti del giudizio di legittimità, e da questi transita per permeare l'orizzonte cognitivo della Corte: l'introduzione.

Benché in astratto risulti chiara la circostanza in base alla quale non rilevano le «circostanze fattuali della controversia oggetto del procedimento instaurato dinnanzi all'autorità giudiziaria ordinaria»²⁰⁰ e che, il giudice costituzionale, invece, viene chiamato a confrontarsi con il solo *fatto tipizzato*, relativo «al significato e alla portata della norma sottoposta a giudizio»²⁰¹, con la ragionevolezza dei presupposti di fatto assunti dal legislatore, quali elementi fondanti la disciplina legislativa impugnata, e con il senso della norma recepito dal diritto vivente.

Talvolta, proprio con riferimento a tale ultima ipotesi, era già stato autorevolmente affermato che la fattispecie concreta che ha dato origine al processo *a quo* «viene in rilievo per la Corte in quanto emblematica del modo in cui la norma agisce nel momento applicativo, come banco di prova, come esempio del modo in cui la legge vive nel sistema»²⁰².

Ma non è tutto; è possibile osservare un *trend* giurisprudenziale che lega insieme il tema dell'interpretazione conforme²⁰³ e la situazione

svista del legislatore; ANDRIOLI, *Questioni di incostituzionalità e affari non contenziosi*, cit., p. 402.

¹⁹⁹ A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. Cost.* 1978, pp. 325-371, cit. p. 328.

²⁰⁰ Sent. 249/1984, punto 2 del considerato in diritto.

²⁰¹ *ivi*

²⁰² Si veda G. BRUNELLI- A. PUGIOTTO, in *op. cit.* p. 253.

²⁰³ Sul problema e i limiti dell'interpretazione conforme si v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.* 2/98, 1082 ss. Vi è da aggiungere che a partire dalla sentenza n. 198/98 la Corte richiede, affinché una questione di legittimità costituzionale possa dirsi validamente sollevata, che il rimettente esperisca un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione, volto a conferire alla disposizione impugnata un significato compatibile col dettato costituzionale poiché, aggiunge la Corte, «in linea di principio, le leggi non si dichiarano

concreta oggetto del giudizio principale, facendo ricadere quest'ultima, a pieno titolo nei meccanismi decisorii tipici del sindacato di costituzionalità.

E nella recente sentenza n. 208 del 2009, si è avuta la prova dell'importanza - nell'ambito del giudizio *a quo* - del cd. *bilanciamento in concreto*²⁰⁴, operato non dal legislatore ma dal giudice, in relazione alle varie esigenze costituzionali, alla disposizione di legge primaria e alla fattispecie concreta: pur trattandosi, nel merito, di una decisione di inammissibilità, la Corte ha ritenuto che «un bilanciamento realmente ed adeguatamente conforme a Costituzione, possa realizzarsi soltanto nel *concreto* di un giudizio»²⁰⁵

2.3 I casi costituzionali.

costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darle), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

²⁰⁴ Cfr. la sentenza n. 253 del 2003, richiamata dalla decisione in oggetto, con cui, in una logica perfettamente speculare e confermativa dell'ipotesi che qui si sostiene, venne dichiarata l'incostituzionalità del *rigido automatismo* legislativo previsto dal codice penale per l'applicazione delle misure di sicurezza, giacché preclusivo per l'interprete di qualsivoglia bilanciamento in concreto.

²⁰⁵ Ed infatti, «se il bilanciamento tra diversi e potenzialmente antinomici principi (e valori) costituzionali è, naturalmente, demandata al legislatore, spetta poi alla Corte svolgere un controllo sulla legittimità di esso e operare così un *metabilanciamento* (già compiuto peraltro con riferimento ad analoghe fattispecie normative) che si è tradotto nella dichiarazione di incostituzionalità di determinate disposizioni, ma che pure può tradursi - come accade nella specie - nel ritenere che un bilanciamento realmente ed adeguatamente conforme a Costituzione, possa realizzarsi soltanto nel concreto di un giudizio». Cfr. F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost.* 2009, pp. 2405-2413. L'A. ha colto nel predetto «metabilanciamento» - come egli stesso lo definisce - il fine ulteriore dell'insolita pronuncia, la quale è stata definita dall'A. con il «curioso sintagma, di inammissibilità additiva di principio».

Le riflessioni che precedono conducono, per altra strada, ad affrontare un nodo teorico centrale per il prosieguo del discorso e che, al contempo, costituirà una valida cartina di tornasole per verificare la confutabilità del lavoro fin qui affrontato.

Secondo una concezione tradizionale del rapporto tra il fatto e il giudizio di costituzionalità, sussisterebbe una coincidenza sostanziale tra i fatti del processo *a quo* che giungono dinnanzi alla Corte per le vie formali dell'ordinanza di rinvio, e i *casi*, giacché entrambi veicolati dal canale della rilevanza e normalmente presi in conto dalla Corte costituzionale nel «considerato in fatto»²⁰⁶; la distinzione fondamentale consisterebbe nella dicotomia *caso* – inteso, appunto, come fattispecie concreta da cui ha avuto origine la questione di legittimità costituzionale e *fatti esterni* – ovvero i fatti prescindenti dal carattere incidentale del giudizio e nei confronti dei quali, la Corte, assumerebbe una posizione simile a quella di qualsiasi altro giudice.²⁰⁷

In senso diametralmente opposto, e in contesto più ampio, è stato, invece, ritenuto che il diritto – quindi anche il diritto costituzionale – ha a che fare con «fatti umani» che, comprensibili dall'interprete secondo categorie di *senso* e di *valore*, darebbero luogo ai «casi»²⁰⁸, dotati di una loro individualità, di modo che, «una volta attribuiti pretese di senso e di valore, premono sul diritto affinché si affermi la soluzione adeguata, non

²⁰⁶ F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, pp. 145-199;

²⁰⁷ Per *fatti non riconducibili alla fattispecie concreta*, si intendono: «la prassi amministrativa come matrice di diritto vivente, i dati di fatto determinanti l'anacronismo legislativo, i mutamenti socio-economici, tecnologici e culturali che conducono alla declaratoria di illegittimità costituzionale sopravvenuta; [...] il caso della quantificazione concernete gli oneri finanziari conseguenti ad una additiva di prestazione; o della prognosi empirica sottesa alla legge penale impugnata; o – infine – della determinazione in ordine alla misura minima di un diritto sociale costituzionalmente garantito.» cit. G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti, op. cit. p. 265*; nella stessa direzione cfr. i lavori di T. GROPPI, *I poteri istruttori*, op. cit. pp. 24 e ss. e di F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto*, al quale si deve la terminologia «fatti esterni» *op. cit.*, p. 153.

²⁰⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit. pp.187 e ss. Ove per senso deve intendersi la «connessione tra un'azione, una parola un'espressione e il loro "prodotto" sociale»;

solo in vista di riforme legislative ma anche in vista di sempre nuove ricostruzioni interpretative dell'ordinamento vigente»²⁰⁹.

L'esistenza di una categoria concettuale autonoma da quelli che *supra* abbiamo provato a descrivere e denominare «meri fatti», «fattispecie concrete» e «presupposti fattuali» della legge, non troverebbe ingresso nelle teorizzazioni proposte.

Tuttavia, la circostanza che le proposizioni costituzionali non presuppongono una gerarchia assiologica, né sono proposizioni apofantiche, ma solo valide o invalide²¹⁰, induce a riflettere sulla circostanza in base alla quale, è proprio con riferimento alla razionale corrispondenza tra le diversità dei casi concreti e i parametri costituzionali - e dunque nei giudizi in cui la scelta del criterio da applicare per risolvere la questione di legittimità sia condizionata dalla specificità del caso - che viene in luce uno dei significati di ragionevolezza: ovvero il ragionevole bilanciamento dei principi in determinate «*factual assumption*»²¹¹.

Tuttavia, avendo considerato argomenti di natura deduttiva, occorre domandarsi se, affiancando argomenti ricavati dalla giurisprudenza, sia possibile ricavare ulteriori considerazioni.

Non si tratta di assegnare uno spazio completamente autonomo ai «casi costituzionali» nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, ma al contrario, dimostrare che, talvolta, è la stessa «fattispecie concreta» che, in presenza di determinate circostanze, può assurgere a «caso costituzionale», presupponendo che quest'ultimo abbia un *surplus* di significato.

Si prendano ad esempio, le ipotesi in cui la Corte debba confrontarsi con questioni eticamente problematiche (immediato il riferimento al cd. *caso Englaro*²¹²); politicamente delicate²¹³; scientificamente

²⁰⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, op. cit. p. 190.

²¹⁰ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, op. cit. p.105;

²¹¹ R. BIN, *Diritti e argomenti*, pp. 39-42.

²¹² Com'è noto la materia è stata, invece, oggetto di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, risolto con un'ordinanza di n.334 del 2008, con cui la Corte costituzionale non ha ravvisato la menomazione dell'esercizio della funzione legislativa da parte del potere giudiziario, ritenendo le statuizioni della Cassazione riconducibili in pieno alla funzione che le è propria: trattandosi di una decisione pronunciata nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione, è stato emanato un principio di diritto cui

controverse²¹⁴, ove il legislatore abbia messo in gioco valori costituzionali primari, e debba fondare il proprio convincimento senza poter ricorrere a dichiarazioni di inammissibilità sottese da discutibili *self restraint*.

In altre parole, la potenziale irripetibilità della situazione e la altrettanto potenziale attitudine della stessa a fungere da paradigma per la soluzione di fattispecie analoghe, sarebbe inquadrabile come caso costituzionale se, guardando ad essa, si rinviene un nesso pressoché immediato con i parametri (scritti e non) della Costituzione.

L'osservazione riconduce – lasciando da parte sofismi e zavorre terminologiche – effettivamente, alla *pressione esercitata*, alla *pretesa*

si è attenuto il giudice di rinvio (Corte di appello di Milano), il quale, a sua volta, ha applicato nella fattispecie sottoposta al suo giudizio, il principio di diritto al caso concreto.

²¹³ Alle vicende più significative sotto questo aspetto, può ricondursi la giurisprudenza costituzionale in materia di frequenze radiotelevisive, decisa con la sentenza n. 884/88 e su cui la Corte è tornata di recente con la decisione n.69/09.

²¹⁴ Si tratta della sentenza della Corte costituzionale n.151 del 2009, relativa alla legittimità dell'art. 6, comma 3, e dell'articolo 14, commi 1, 2, 3 e 4 della legge 40/04, in materia di procreazione medicalmente assistita, laddove dispone che «le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». Qui, l'intervento demolitorio della Corte ha mantenuto salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico. Ad ogni modo, la stessa Corte segnala che di aver già posto l'accento sui limiti le acquisizioni della scienza e della tecnica impongono alla discrezionalità legislativa, perché in continua evoluzione: poiché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002). Sent. Corte cost. 151/09, punto 6.1 *considerato in diritto*.

*avanzata*²¹⁵, dalla «fattispecie concreta» sul giudizio costituzionale, fino a provocare una reazione “diretta” tra essa e il parametro.

Quale l'utilità di propendere per l'esistenza dei «casi costituzionali»?

In effetti, qualsivoglia elaborazione teorica, per dirsi riuscita, deve scontrarsi con la prassi giurisprudenziale, in una prospettiva di medio o lungo periodo.

In questa sede, può soltanto prospettare un *aggravio motivazionale*, qualora la Corte intendesse mutare orientamento in rapporto ai suddetti *casi*, ma tale onere aggiuntivo, sarebbe da supportarsi con una profonda e accurata analisi dei «fatti» sottesi alla vicenda concreta; al contrario nell'ipotesi di mutamento della disciplina legislativa, paradossalmente non si avrebbe una simile incombenza in quanto, innanzitutto si dovrebbe riproporre la «fattispecie concreta» e dunque, si tratterebbe di effettuare *ex novo* la valutazione dei presupposti di fatto, tuttavia restando fermo un uso quanto più incisivo possibile, dei poteri istruttori.

²¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La legge*, op. cit. spec. p.190 e ss.; ma anche dello stesso A. cfr. *Il diritto mite*, op. cit. p.189.

CAPITOLO III
LA DIMENSIONE FATTUALE DEL CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ
COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Il criterio sistematico prescelto: la natura dei fatti e il loro rapporto con l'oggetto del giudizio. Precisazioni sulla trasversalità della categoria dell' «anacronismo normativo». - 2. La natura dei fatti integrativi del parametro. - 2.1 *I fatti naturali*. - 2.2 *I fatti sociali: fatti linguistici e religiosi*. - 2.3. *I fatti scientifici*. - 2.3.1. *Un case study: il fenomeno transessuale tra argomento naturale, socio-culturale e scientifico*. - 2.4. *I fatti economici*. - 2.5. *I fatti politici nel giudizio di legittimità in via incidentale, osservazioni sulla «serenità di svolgimento delle cariche»*. - 2.6 *I fatti amministrativi*. - 2.7 *I fatti normativi*. - **SEZIONE II** - 1. Il controllo sui presupposti fattuali dei decreti legge - 2. Le leggi-provvedimento. - 3. Un caso particolare: i principi di tassatività e materialità della legge penale.

1. Il criterio sistematico prescelto: la natura dei fatti e il loro rapporto con l'oggetto del giudizio. Precisazioni sulla trasversalità della categoria dell' «anacronismo normativo».

In questa parte conclusiva del lavoro, si propone, senza pretese di esaustività, una classificazione dei casi affrontati dalla Corte costituzionale con particolare riferimento ai *fatti*, da intendersi nell'accezione

convenzionale e con i *distinguo* di cui ai capitoli precedenti.

Invero, l'analisi della giurisprudenza in materia non consente di definire in maniera netta delle categorie di fatti rilevanti nel giudizio di legittimità, poiché, spesso, si tratta di sovrapposizioni concettuali: la «coscienza sociale»²¹⁶, ad esempio, argomento utile anche a fondare la decisione di incostituzionalità per «anacronismo legislativo». Quest'ultimo, a sua volta, argomento cardine nella motivazione del giudizio di ragionevolezza²¹⁷, ma anche elemento di indagine ai fini della legittimità delle fattispecie penale incriminatrici²¹⁸.

²¹⁶ Cfr. la sentenza della Corte cost. n. 335 del 2009, in materia di filiazione naturale, ove si utilizza la «coscienza sociale» per fondare una decisione interpretativa di rigetto, ovvero come criterio per sollecitare il giudice *a quo* e il legislatore a rendersi attenti interpreti della «evoluzione del costume e della coscienza sociale, e, in conseguenza, di apprestare, in ordine alla esigenza, espressamente posta dal precetto costituzionale, della “compatibilità” della tutela dei figli nati fuori del matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima, soluzioni anche diverse nel tempo, in armonia appunto con la cennata evoluzione». La Corte ha, invece dichiarato l'illegittimità dell'art. 214 del codice civile, in riferimento all'art. 3, secondo comma, Cost., per la sua intrinseca irragionevolezza per la disparità di trattamento che ne deriverebbe tra figli legittimi e figli naturali in tema di riconoscimento della paternità; in riferimento agli artt. 2, 30 e 24 Cost., per il *vulnus* alla effettività di tutela di diritti fondamentali, attinenti allo status ed alla identità biologica, «che la coscienza sociale avverte come essenziali allo sviluppo della persona». Quindi la “coscienza sociale” si è giuridicizzata in un combinato disposto.

²¹⁷ A. MORRONE, *Razionalità come coerenza storico-cronologica...*

²¹⁸ Nella verifica del rispetto del canone di ragionevolezza, si aggiunge, non di rado la Corte valorizza elementi di indagine storico-comparatistica es. sentenza n. 341 del 1994, ovvero è stata rilevata l'incongruenza tra il comune sentire di un certo tempo - la «coscienza sociale» - e l'incriminazione di certi fatti, e ciò sia sul piano della quantità della pena, sia su quello della stessa tipologia

E dunque, una sistematizzazione troppo rigida non è, evidentemente, agevole da sviluppare, in quanto sacrificerebbe l'immagine complessiva dei percorsi argomentativi della giurisprudenza costituzionale, non sempre lineari.

Tuttavia per evidenziare che non sempre vi è una completa commistione tra principio di ragionevolezza e giudizio di legittimità sui *fatti*, si proporrà una ricostruzione tendenzialmente elastica, ordinata sulla base del diverso peso avuto di volta in volta, specialmente nella declaratoria di illegittimità, gli elementi fattuali e i contesti umani (sociali, culturali, economici.)²¹⁹

Una prima *spia semantica*, è stato rilevato²²⁰, sembrerebbe offerta dagli anacronismi legislativi²²¹.

Tale fenomeno riguarda quei casi in cui la disposizione non trova più «giustificazione nella attuale realtà giuridica e sociale»²²² a causa del venir meno o del mutare dei presupposti fattuali (sociali, economici, tecnici o scientifici) che invece sussistevano al momento dell'entrata in vigore delle norme in questione²²³.

dell'incriminazione, rispettivamente si v. sentenze nn. 341/94, 519/95.

²¹⁹ A. D'ALOIA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel diritto costituzionale comune* (europeo e nazionale), in AA.VV, *Processi di decisione politica*, op. cit. pp. 480-481.

²²⁰ M. AINIS, *ibidem*.

²²¹ E. SPAGNA MUSSO, *Norma anacronistica e norma costituzionalmente illegittima*, in Foro it., 1973, I, 2718.

²²² Sentenza 140 del 1979, richiamata dalla sen.118/97.

²²³ Sembra interessante sottolineare che l'illegittimità di una legge per anacronismo, non riguarda direttamente il tema della *discrezionalità*: l'intervento della Corte non è volto a sanzionare un vizio originario dell'atto, ma un vizio sopravvenuto, causato dal semplice passaggio del tempo. E' stato rilevato da Gustavo Zagrebelsky che «in presenza di norme legislative che appaiono relitti di epoche trascorse e perciò ormai non più sorrette da alcuna

Secondo Michele Ainis, gli anacronismi legislativi vengono presi in considerazione dalla Corte in diversi modi:

1) sono spesso esclusi (ord. n. 172/01) o ritenuti ininfluenti per rifiutarne l'incidenza del giudizio di costituzionalità (sentt. 3/96; 66/92, 94/65), talvolta per operarne la rimozione ad opera di leggi successive²²⁴ ovvero per negarne il sindacato in omaggio alla discrezionalità legislativa (ord. 209 e 443/04) di frequente, tuttavia, gli anacronismi entrano nel circuito della decisione costituzionale, come quando la Corte ne

ragione giustificativa, la dichiarazione di incostituzionalità non è idonea, in concreto, a sollevare reazioni di lesa violazione dell'autonomia legislativa». G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p.157. D'altronde, non è mancato il precedente con cui la Corte è intervenuta direttamente alla rimozione dell'anacronismo: si tratta della sentenza n. 508/00. Secondo la Corte, come affermato nella sentenza, se è vero che, in prima battuta, compete pur sempre al Parlamento aggiornare la disciplina, «di fronte ad un anacronismo al quale non ha in tanti anni posto rimedio il legislatore deve ora provvedere questa Corte nell'esercizio dei suoi poteri di garanzia costituzionale». Non è un caso che, spesso, si richiama questo argomento per giustificare *overrulings* e pronunce di accoglimento. Esempificando: Corte cost. sent. 9/65, che salva il divieto penale di pratiche contro la procreazione, successivamente dichiarato illegittimo con la sent. n. 49 del 1971; sulla illegittimità della propaganda antinazionale e la non fondatezza della questione inerente alla propaganda sovversiva cfr. sent. n. 87/66; sent. n. 925 del 1988 sull'infondatezza del reato di vilipendio della religione di stato, reinterpretato, non più sul criterio statistico che vedeva il cattolicesimo come religione praticata della maggioranza degli italiani sent. n. 39 del 1965 ma in relazione all'esigenza di tutelare la religione cattolica, in sé.

²²⁴ L'Autore richiama le sentenze 46/1973 e 58/1964, o più di recente la sentenza 22/2007, dove il reato di oltraggio a pubblico ufficiale viene definito un «evidente anacronismo, successivamente riconosciuto dallo stesso legislatore».

fa uso per inviare moniti alle Camere circa l'urgenza di rimodulare questa o quella disciplina.²²⁵

2) sono spesso considerati decisivi ai fine della declaratoria di incostituzionalità²²⁶.

Altri studiosi hanno trattato l'argomento, accostando gli anacronismi normativi, all'eterogenesi dei fini²²⁷,

²²⁵ Un esempio riportato dall'Autore è rappresentato dalla sentenza 344/1993 (poi ribadita dalla sentenza 84/1994), in materia di elettorato passivo per il Parlamento nazionale, ove si legge: «l'auspicio di questa Corte è che una legislazione, come quella vigente, ricca di incongruenze logiche e divenuta ormai anacronistica di fronte ai profondi mutamenti che lo sviluppo tecnologico e sociale ha prodotto nella comunicazione politica, sia presto riformata dal legislatore ».

²²⁶ L'indagine di Michel Aïnès ha riguardato alcune decisive sentenze della Corte sul tema: «la sentenza 254/2002, che ha decapitato l'irresponsabilità delle Poste per il mancato recapito dei telegrammi («un anacronistico privilegio»). Le sentenze 329/1997 e 508/2000 sul reato di vilipendio alla religione dello Stato: «l'art. 402 del codice penale rappresenta un anacronismo al quale non ha in tanti anni posto rimedio il legislatore. Deve ora provvedere questa Corte nell'esercizio dei suoi poteri di garanzia costituzionale». La sentenza 1/1999 in materia di riqualificazione per l'accesso alla settima qualifica funzionale: «essa realizza un'anacronistica forma di generalizzata cooptazione». La sentenza 239/1997 circa la riscossione coattiva dei contributi obbligatori (disciplina «discriminatoria e anacronistica»). La sentenza 278/1992 sulla coscrizione degli emigrati non più cittadini, intesa ad allargare la platea per la formazione dei contingenti di leva (una «finalità divenuta anacronistica»; ma v. anche, sulla disciplina militare, le decisioni 325/1989 e 61/1995). La sentenza 37/1969, in materia d'enfiteusi: «l'accadimento di imponenti fatti storici ed economici ha inciso in profondità e progressivamente sui valori dei beni talvolta anche per effetto di una modifica di destinazione e la svalutazione della moneta ne è stata, ad un tempo, causa ed effetto, più o meno permanente (...) Il riferimento alla qualifica catastale del 1939 viene quindi ad assumere, per i rapporti ora in esame, un aspetto inadeguato, anacronistico, e tale da creare ingiuste sperequazioni», sicché «ne resta viziato, limitatamente ai rapporti temporali in esame, il congegno della legge».

all'«evoluzione», alla «tradizione» ed invero, al tema della «razionalità come coerenza storico-cronologica»²²⁸.

Ad esempio si v. la sent. n. 445 del 2002 sull'illegittimità costituzionale della prescrizione dell'obbligo di celibato, nubilato o vedovanza come presupposto per il reclutamento nella "Guardia di Finanza". Da ricordare è, anche, la decisione che, nella temperie culturale del Sessantotto, accoglie la questione di legittimità relativa al reato di adulterio della moglie, punito dal codice penale (art. 559, comma 1 e 2) senza dare alcuna rilevanza giuridica all'adulterio del marito, in nome di un (irragionevole) privilegio riconosciuto all'uomo nei rapporti familiari, lesivo della parità dei coniugi e dell'unità della famiglia (Corte cost. sent. n. 126/68, che, peraltro, costituisce *overruling* della precedente decisione di infondatezza contenuta nella sent. n. 64/61).

Alla luce delle indicate riflessioni, emerge come l'«anacronismo legislativo» rappresenti una categoria *trasversale e nello stesso tempo asimmetrica*, in quanto ricomprende fatti di natura molto diversa tra loro; inoltre, assume un rilievo diverso nella giurisprudenza costituzionale, rispetto alle elaborazioni dottrinali.

Pertanto, l'anacronismo legislativo, a parere di chi scrive, non può essere assunto ad elemento distintivo sul quale fondare una classificazione sistematica; sebbene, si tratti di un argomento *forte*, spesso di per sé idoneo a fondare una declaratoria di illegittimità costituzionale. Infatti, nella giurisprudenza

²²⁷ A. CERRI, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo. Limiti del giudicato costituzionale - Riflessioni a proposito della caduta del vincolo alberghiero*, in Le Reg. 1981.

²²⁸ A. MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit. p.195;

costituzionale, l'anacronismo legislativo, si configura come un argomento *giuridico neutro rispetto alla natura dei fatti* che vengono assorbiti nella formula semantica utilizzata nell'argomentazione della Corte, senza assurgere ad elementi di integrazione del parametro.

Il criterio sistematico preferibile ai fini del nostro discorso, appare, pertanto, quello che - lo si ripete, senza alcuna pretesa di esaustività - fa riferimento alla *natura* dei fatti in relazione all'*oggetto* specifico del giudizio di legittimità costituzionale.

2. La natura dei fatti integrativi del parametro.

La varietà dei fatti rilevanti nel giudizio di legittimità costituzionale ai fini dell'integrazione del parametro, rende particolarmente ardua l'elaborazione di una tipologia idonea a ricomprenderli tutti.

Il tentativo è stato di recente esperito, con efficacia, in uno scritto, già richiamato, di Michele Ainis, ove si rinviene una classificazione di fatti alla quale si ritiene, in questa sede di aderire, sia pure con alcune significative precisazioni e aggiunte.

Invero, nell'articolo indicato, lo Studioso, riportando una serie di pronunce esemplificative, evidenzia l'esistenza di sei categorie : a) fatti naturali; b) fatti sociali; c) fatti economici; d) fatti scientifici; e) fatti politici; f) fatti amministrativi.

Alle sei indicate categorie, tuttavia, si ritiene possa aggiungersene una settima, quella dei *fatti normativi*.

Se riteniamo che si abbia integrazione normativa del parametro quando le norme integrative del parametro del giudizio di legittimità costituzionale sono prodotte da una fonte legale dell'ordinamento giuridico nazionale, richiamata espressamente dalla disposizione costituzionale, allora si deve consequenzialmente affermare che quando le norme integrative del parametro sono prodotte da una fonte *extraordinem* ovvero da una fonte legale dell'ordinamento non richiamata espressamente dalla disposizione costituzionale, ci si trova dinnanzi ad un caso di integrazione fattuale del parametro, sia pure mediante un *fatto normativo*.

Numerose le ipotesi che avvalorano l'esistenza di quest'ultimo tipo di fatti: le fonti del diritto non legali o *extraordinem* (es: leggi straniere; Carta di Nizza, Carta

Europea dei Diritti dell'Uomo); la legge di interpretazione autentica; la legge referendata; il decreto legge reiterato e non convertito; il cd. *tertium comparationis*.

Ciò premesso, appare opportuno soffermarsi in modo più approfondito sui tipi contemplati nella classificazione suindicata, alla luce della giurisprudenza costituzionale, al fine di mettere in evidenza i percorsi argomentativi seguiti dalla Corte per specificare il parametro del giudizio attraverso l'integrazione fattuale.

2.1 I fatti naturali.

Come sottolinea anche Aini, vengono in gioco quando questo o quel fenomeno naturale costituisca il presupposto, o meglio la condizione legittimante della regolazione normativa.

Tale tipo ricomprende non solo le calamità naturali che – come sarà meglio evidenziato di seguito – costituiscono spesso i presupposti fattuali della decretazione di urgenza, ma anche, ad esempio, le caratteristiche antropologiche e antropomorfe dell'essere umano: l'età²²⁹, la statura²³⁰, il genere²³¹, lo

²²⁹ Nella sentenza 90/1992 la Corte pronuncia l'incostituzionalità di una legge in materia previdenziale argomentando dal «prolungamento dell'età lavorativa per l'aumento dell'età media».

²³⁰ Nella sentenza 163/1993 il giudice delle leggi annulla in quanto discriminatoria, una legge provinciale che richiedeva la statura minima di metri 1,65 per l'accesso a particolari carriere direttive: in questo caso la censura della Corte colpisce «una valutazione legislativa che è basata su un presupposto di fatto

stato di salute e le invalidità²³², le condizioni familiari²³³, etc. etc.

erroneo, vale a dire l'insussistenza di una statura fisica mediamente differenziata tra uomo e donna».

²³¹ Infine nella sentenza 173/1983 viene sancita l'incostituzionalità della normativa che riservava alle donne la frequenza e l'insegnamento nelle scuole magistrali, «giacché non può certo presumersi che alcun discendente sia, in funzione del sesso, inidoneo all'ordine o al tipo di studi qui considerato», e perché d'altra parte non sussiste «alcun razionale supporto» al divieto di reclutare insegnanti di sesso maschile.

²³² Nella sentenza 350/2003 risuona l'affermazione secondo cui l'handicap è destinato ad aggravarsi con il decorrere del tempo, sicché è illegittimo il trattamento deteriore riservato alla «madre di un figlio disabile e incapace di provvedere da solo anche alle sue più elementari esigenze, il quale, a qualsiasi età, ha maggiore e continua necessità di essere assistito dalla madre rispetto a un bambino di età inferiore agli anni dieci». Con le sentenze 158/2007 e 233/2005 vengono estesi i benefici di legge rispettivamente ai fratelli e al coniuge conviventi con un handicappato grave, la cui condizione postula «un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione»; mentre in precedenza la sentenza 50/1990 aveva assimilato i minorati psichici a chi soffre di un'invalidità fisica. Mentre, nella sentenza 341/1999 (circa il diritto dell'imputato sordomuto a fruire dell'assistenza di un interprete), la Corte fa leva sulla «differenza sostanziale che intercorre tra il poter percepire ed esprimersi, immediatamente e direttamente, sia pure con la mediazione di un interprete, e l'essere messi in grado di percepire o di esprimersi solo attraverso lo scritto». Infine, sempre nella ricostruzione fatta da Ainis, con la coppia di sentenze 215/1987 e 467/2002 si stabilisce che «la frequenza dell'asilo nido, insieme alle pratiche di cura e riabilitazione e al proficuo inserimento nella famiglia, costituisce un essenziale fattore per il "recupero" del bambino disabile».

²³³ Mentre nella sentenza n.179/1993, la Corte costituzionale dichiara che «la natura e la finalità dell'istituto dei riposi giornalieri, previsti dall'art. 10 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, per le lavoratrici madri, nonostante il testuale riferimento al riposo della "madre", non corrispondono più soltanto all'allattamento del neonato e ad altre sue esigenze biologiche, ma a qualsiasi forma di assistenza del bambino. Secondo *l'id quod plerumque accidit* può

In ultimo, nell'ambito dei fatti naturali non è infrequente il ricorso al criterio dell'*id quod plerumque accidit*. Anche qui una coppia d'esempi: nella sentenza 139/1982 – circa la presunzione di pericolosità di chi sia stato prosciolto da gravi reati per infermità psichica – la Corte riconosce «la doverosità del sindacato, alla stregua del principio di eguaglianza, su singole fattispecie di pericolosità costruite in termini “presuntivi” e rigidi, là dove la presunzione di pericolosità non abbia fondamento nell'*id quod plerumque accidit*» (in senso analogo la decisione 140/1982).

2.2 I fatti sociali e le due sottocategorie di fatti linguistici e religiosi.

Nell'espressione fatti sociali, possono agevolmente essere ricomprese tutte le fattispecie concrete in cui il mutare dei costumi e l'evoluzione della cultura collettiva, esercitano un ruolo decisivo: il «comune senso del pudore»²³⁴, il fenomeno transessuale²³⁵, le seconde nozze²³⁶, l'adulterio femminile²³⁷.

presumersi che nel primo anno di vita l'interesse del figlio esiga maggiormente il rapporto fisico e psicologico con la madre».

²³⁴ sentenze 9/1965, 191/1970, 368/1992

²³⁵ Quanto alla percezione sociale che circonda i transessuali, si v. la sentenza 253/2006, e la 138/10, tuttavia, sul punto, per evidenziare la peculiarità del tema, si rinvia al paragrafo 2.2.3.

²³⁶ Cfr. sentenza Corte cost. n. 153/1979.

²³⁷ Proprio a quest'ultimo riguardo – la punizione del solo adulterio della moglie – si registra d'altra parte il più celebre

Secondo Michele Ainis, la linea distintiva tra fatti sociali e naturali, è molto sottile nel caso in cui si faccia riferimento al genere: si avrà, cioè, un fatto sociale - e non naturale - se «la reciproca consistenza dei due sessi nella popolazione complessiva o in un particolare comparto di lavoro riflette uno squilibrio che a propria volta sia fonte di discriminazioni»²³⁸.

Si aggiunga la decisione della Corte costituzionale - pur essendo stata sollecitata da un giudizio instaurato in via principale - n. 4 del 2010 sulla Legge elettorale della Regione Campania che introduce la cd. *preferenza di genere*²³⁹ ove, efficacemente la Consulta nel salvare dalla cesura di incostituzionalità e precisando l'ambito delle cd. *azioni positive*,²⁴⁰ ha evidenziato lo storico, divario di genere che caratterizza le Assemblee elettive,

revirement del tribunale costituzionale, attraverso la coppia di decisioni 64/1961 e 126/1968: nella seconda, tornando sui suoi passi, la Corte dichiarò che «alla stregua dell'attuale realtà sociale la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia».

²³⁸ M. AINIS, op. ult. cit.. Ciò secondo l'Autore, accade quando si legittima un'*affirmative action* in virtù della sottorappresentazione del genere femminile: sentenza 109/1993; oppure quando si giustifica la pensione di reversibilità alla moglie perché i lavoratori di sesso maschile sono più di due terzi del totale: sentenza 119/1972.

²³⁹ Sul tema, non può non rinviarsi al lavoro di F. PASTORE, *Voto di preferenza e rappresentanza di genere nella legislazione elettorale regionale*, in www.amministrazioneincammino.it.

²⁴⁰ Magistralmente, cfr. A. D'ALOIA, *Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive. Uno sguardo all'esperienza italiana*, in AA.VV., *Donne, politica e processi decisionali*, a cura di L. Califano, Giappichelli, Torino, 2004, dello stesso Autore, v. *Le "quote" elettorali in favore delle donne: il "nuovo" contesto costituzionale e il "precedente" n. 422 del 1995*, in AA.VV., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica, (Amicus curiae)*, Giappichelli, Torino, 2003.

in rapporto anche alle resistenze culturali, economiche e sociali ancora largamente diffuse nel nostro paese.

Due le sottocategorie dei fatti sociali: la prima, è quella dei *fatti linguistici*, posto che la lingua rappresenta una componente essenziale del concetto di cultura e i cui esempi più chiari, si rinvencono a proposito dell'uso dell'italiano e del tedesco²⁴¹, ma di recente anche a proposito dell'uso dei dialetti²⁴²; la seconda è, invece, costituita dai *fatti religiosi*, dove gli

²⁴¹ Cfr. la sentenza n. 188/1987, ove la Corte si intrattiene sulla semantica della locuzione «maso avito», rispetto alla corrispondente espressione tedesca «Erbhof»; e la sentenza 1/1961, in cui si afferma il principio di parità delle due lingue e che tale principio s'intende osservato «quando si dia ad ogni cittadino la possibilità di comprendere e farsi comprendere nella lingua materna, senza apprezzabili difficoltà, essendo questo l'interesse tutelato dalle norme costituzionali che hanno garantito l'uso di tale lingua».

²⁴² Nella sentenza n.159/09 si affronta il tema delle politiche linguistiche in rapporto al pluralismo e all'interesse nazionale. In questa fattispecie, la Corte ha dichiarato l'illegittimità cost. dell'art. 9, comma 3, della legge regionale del Friuli che contemplava, nei dibattiti dei Consigli comunali in cui si può utilizzare la lingua friulana, una mera facoltà della «ripetizione degli interventi in lingua italiana», ovvero del «deposito contestuale dei testi tradotti in forma scritta». Il terzo comma dell'art. 7 della legge n. 482 del 1999 (parametro legislativo interposto) nel riconoscere agli appartenenti alla minoranza linguistica protetta facenti parte degli organi collegiali degli enti locali e regionali il diritto di utilizzare la diversa lingua, lo bilancia con la previsione di «una immediata traduzione in lingua italiana» a garanzia sia degli altri componenti che «dichiarino di non conoscere la lingua ammessa a tutela» sia della stessa complessiva funzionalità degli organi pubblici interessati. Sottolinea pertanto la Corte costituzionale che: «Rinvviare tutto ciò ai piani di politica linguistica e, soprattutto, ipotizzare forme diverse dalla «immediata traduzione» pone evidenti dubbi sulla pienezza ed immediatezza del confronto dialettico negli organi collegiali».

orientamenti sociali si traducono nel consenso che circonda le varie confessioni²⁴³.

Ed infatti, il criterio della consistenza numerica delle formazioni sociali è stata spesso utilizzata dalla Consulta in materia di appartenenti ad un sindacati²⁴⁴ o ad un gruppo linguistico²⁴⁵, come per i gruppi linguistici.

Più in generale, s'incontra un fatto sociale giuridicamente rilevante quando la giurisprudenza costituzionale fa leva su comportamenti diffusi nella comunità: ne è testimonianza per esempio la sentenza 283/1999 (a proposito dell'età dei coniugi adottanti rispetto all'adottato), resa sul presupposto che la

²⁴³ In effetti, sottolinea Ainis che, dall'argomento religioso la Corte ha sempre tratto elementi di giudizio, sia pure con esiti alterni e distingue due periodi nella giurisprudenza della Corte. Un primo periodo volto a giustificare il trattamento di favore verso la religione cattolica (sentenze 125/1957 e specialmente 79/1958, quando il codice penale si riferisce alla «religione dello Stato» intende dare «rilevanza non già a una qualificazione formale della religione cattolica, bensì alla circostanza che questa è professata nello Stato italiano dalla quasi totalità dei suoi cittadini, e come tale è meritevole di particolare tutela penale, per la maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali naturalmente suscitate dalle offese ad essa dirette» e la sentenza n. 14/1973 che riconosce l'esigenza di tutelare il sentimento religioso della «maggior parte della popolazione italiana»); successivamente l'Autore sottolinea come la Corte abbia posto fine alle discriminazioni fondate sul numero degli appartenenti ai vari culti: così nella sentenza 925/1988, dove s'afferma che «non tanto vi si oppongono ragioni di ordine statistico (comunque sia, la religione cattolica resta la più seguita in Italia), quanto ragioni di ordine normativo». In seguito, però, il criterio numerico degli appartenenti è stato recuperato dai giudici costituzionali, per l'erogazione di contributi finanziari per le attività di culto, qualora essa fosse «ragionevolmente condizionata e proporzionata alla presenza nel territorio comunale della confessione che richiede i benefici»: sentenza 195/1993.

²⁴⁴ Cfr. sentenze 54/1974 e 34/1985.

²⁴⁵ Cfr. sentenza 160/1985.

differenza di età resti «compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli»; così come la sentenza 99/1968, in cui si trae argomento dal «fatto normale, di comune esperienza, che fra parenti di un certo grado, discrezionalmente valutato dal legislatore, gli immobili vengono trasferiti a titolo gratuito»²⁴⁶.

Quanto alla cultura collettiva, Ainis, riconosce che sono innumerevoli le occasioni in cui la Corte utilizza un simile argomento per misurare la ragionevolezza di una scelta normativa (per esempio nella sentenza 329/1997, dove entra in campo il concetto di «coscienza sociale»)²⁴⁷.

2.3. I fatti scientifici.

Di notevole interesse le pronunce costituzionali appare centrale la attenta valutazione di «fatti scientifici»²⁴⁸, specialmente a seguito della recente

²⁴⁶ Si nota che si tratta di presunzioni legali, dove peraltro la giurisprudenza costituzionale ricorre non di rado – così come in relazione ai fatti naturali – al criterio dell'*id quod plerumque accidit* (tra le altre, nelle sentenze 36/1980 e 108/1986).

²⁴⁷ V. *supra*, paragrafo 1.

²⁴⁸ Sul tema si rinvia al volume collettaneo a cura di A. D'Aloia, AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. - Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004*, Giappichelli, Torino 2005 e, in particolare ai contributi di M. Ainis, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, p. 27; R. BIN, *La Corte e la Scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, op. cit. p. 6; D'AMICO G., *I dubbi della scienza al vaglio della corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, pp. 244 ss.

pronuncia n. 151 del 2009 sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita con cui i giudici della Consulta²⁴⁹ hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», quindi un intervento parzialmente demolitorio, «in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».²⁵⁰

Al riguardo, va altresì segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica²⁵¹; nei giudizi di ragionevolezza²⁵²; in quelli di

²⁴⁹ Tra i numerosi commenti della decisione si segnalano, S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)* in www.forumcostituzionale.it; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita, ibidem*.

²⁵⁰ Sentenza 151 del 2009, punto 6 del considerato in diritto.

²⁵¹ Ciò soprattutto in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

²⁵² Emblematico, il *decisum* della Corte sulla ragionevolezza della legge 578/1993, recante «Norme per l'accertamento e la certificazione di morte», ove la scienza viene ritenuta un argomento

eguaglianza per verificare se sussistano ragioni di differenziazione di trattamento previste dal legislatore²⁵³.

Come ben sottolineato da Michele Ainis, nel suo scritto già più volte richiamato, entrano in primo piano soprattutto (ma non solo) quando il progresso della scienza o della tecnica renda obsoleta una disciplina o una qualificazione normativa: in materia sanitaria²⁵⁴; nel diritto del lavoro²⁵⁵; in campo ambientale²⁵⁶; nella

determinante ai fini della qualificazione giuridica del concetto di morte (in termini di morte clinica o biologica) ed i suoi metodi di accertamento. Cfr. sentenza n.414/95, che trae origine dalle considerazioni del giudice *a quo* sull'art. 589 del codice penale, sospettato di illegittimità per contrasto con gli artt. 3, 25, e 27 della Costituzione, nella parte in cui tale fattispecie incriminatrice viene interpretata e applicata con riferimento ad una nozione di morte rinvenibile nella legge n. 578 del 1993 (la c.d. morte clinica), diversa da quella codicistica (che farebbe riferimento unicamente alla c.d. morte biologica).

²⁵³ Sentenza n. 160 del 1977, in cui viene argomentato dalla Corte che : «non appare invero irrazionale la previsione, alla stregua dei dettami della scienza medica e dell'esperienza, della reversibilità di quest'ultimo stato morboso, che, debellabile da atto operatorio, non assume carattere di invalidità permanente»

²⁵⁴ *Ex plurimis* cfr. sentenza 438/1995 (sui detenuti affetti da Aids), che s'appoggia apertamente a «talune autorevoli valutazioni espresse in sede scientifica»; nonché la sentenza 228/1987, che alla luce dell'osservazione scientifica su dati statistico-sanitari ha reputato ragionevole il quindicennio come misura di stabilizzazione degli esiti invalidanti delle malattie professionali.

²⁵⁵ Cfr. ad es. sentenza 137/1986 fa perno sul progresso tecnologico: «poiché l'avvento di nuove tecnologie e metodi di produzione e le profonde riforme intervenute nel campo del diritto del lavoro hanno determinato - col rendere il lavoro stesso, in via generale, meno usurante oltre che più sicuro - una graduale evoluzione, la quale, per quanto riguarda la donna, ha inciso profondamente non solo sulle condizioni di lavoro che la riguardano in modo particolare ma anche sull'attitudine lavorativa (comprensiva, tra l'altro, della capacità al lavoro e della resistenza

disciplina delle campagne elettorali²⁵⁷; nel settore televisivo²⁵⁸.

Non mancano casi particolarmente interessanti, nei quali i fatti rilevanti ai fini della integrazione del parametro di legittimità costituzionale presentano connotazioni complesse e polimorfiche, avendo un'essenza allo stesso tempo naturale, socio-culturale e scientifica.

Paradigmatico, il caso di studio di seguito preso in esame, concernente il c.d. fenomeno del transessualismo.

fisica), è da ritenere che siano venute meno quelle ragioni e condizioni che in precedenza potevano giustificare una differenza di trattamento della donna rispetto all'uomo per quanto concerne l'età del conseguimento della pensione di vecchiaia; e dunque del tutto priva di legittimità si rivela la disciplina del licenziamento fondata su tale evento».

²⁵⁶ Particolarmente significativa in tema la sentenza 250/2009, ove si afferma che: «apparirebbe manifestamente irragionevole il congelamento delle condizioni dell'autorizzazione, quanto alle prescrizioni relative all'impianto, per un periodo di quindici anni, quando la sempre più rapida evoluzione della tecnologia avrebbe invece consentito, nel frattempo, di ricorrere ad adattamenti tecnici idonei ad una più efficace salvaguardia dell'ambiente».

²⁵⁷ La sentenza 344/1993 punta l'indice contro una legislazione «ricca di incongruenze logiche e divenuta ormai anacronistica di fronte ai profondi mutamenti che lo sviluppo tecnologico e sociale ha prodotto nella comunicazione politica».

²⁵⁸ L'esempio più noto è costituito dalla sentenza 202/1976 sul monopolio pubblico, che ha smentito l'altrettanto nota decisione 225/1974 (vecchia appena di due anni) perché adottata «sul presupposto» – poi rivelatosi infondato – «della limitatezza dei canali utilizzabili». Mentre più di recente la sentenza 168/2008 ha giustificato l'accentramento statale delle competenze in base alle specifiche caratteristiche del “digitale terrestre”.

2.3.1. Un case study: il fenomeno transessuale tra argomento naturale, socio-culturale e scientifico.

Quando il filo del dialogo è da riavvolgere intorno a fenomeni socio-culturali come il transessualismo²⁵⁹, la

²⁵⁹ La diffusione del termine «transessuale» si deve all'opera del medico tedesco H. BENJAMIN, *The transsexual phenomenon*, Julian Press, New York 1966, trad. it. *Il fenomeno transessuale. Rapporto scientifico sul transessualismo e sui cambiamenti di sesso. Psiche e coscienza*, Astrolabio Ubaldini, 1968. Secondo la scienza medica, il transessualismo (ma non l'omosessualità) è una patologia psichiatrica denominata «disturbo dell'identità di genere» dal *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* redatto dall'*American Psychiatric Association*, ovvero «disforia di genere» dall'*International Statistical Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death* (ICD), curato dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS). Mentre il concetto di «identità di genere», che meglio si presta ad essere considerato giuridicamente, è apparso negli anni '70 del secolo scorso nell'opera di J. MONEY, A. EHRHARDT, *Man and Woman, Boy and Girl: the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, MD Johns Hopkins University Press, Baltimore 1972 in cui: «Gender identity is dimorphic, multivariate, and sequential in development. Its determinants are not exclusively biological/social nor prenatal/postnatal, but both. Its components are erotic and nonerotic. Its data are derived from experimental and clinical comparative psychoendocrinology, brain science, and cross-cultural ethnography». Tuttavia, deve essere messo in luce come alcune associazioni abbiano dato vita ad una rete internazionale per la depatologizzazione delle identità Trans (*International Network for Trans' Identities' Despathologization*), denunciando pubblicamente la psichiatrizzazione delle identità e le conseguenze derivanti dal «disturbo d'identità di genere» (DIG) con l'argomento che, secondo il «Manifesto ideologico» dell'associazione, la «considerazione di identità e corpi non a norma (quelli al di fuori della suddivisione dominante) come corpi e identità patologici e la psichiatrizzazione dà di fatto alle istituzioni medico-psichiatriche il controllo delle nostre identità di genere. La pratica corrente di queste istituzioni, motivate da interessi di stato, religiosi, economici

probabilità di stabilire connessioni tra il diritto e la scienza che non conducano a soluzioni paradossali è molto bassa, a causa delle implicazioni morali ed etiche²⁶⁰ che in questo caso si rivelano decisive.

In particolare, nell'ambito del discorso giuridico, è necessario fornire delle risposte agli interrogativi sollevati da un tale fenomeno, proponendo soluzioni (filtrate dalle scelte legislative e/o scremate dalla giurisprudenza) adeguate, allo scopo di preservare - «anche nelle situazioni minoritarie e anomale» e dunque anche all'interno del conflitto tra “ciò che si è” e il profondo convincimento di appartenere al sesso biologicamente opposto - «la libertà e la dignità della persona umana»²⁶¹.

e politici, riflette e riproduce il binomio maschio/femmina, spacciando questa posizione per quella “vera” e naturale» dal Manifesto della campagna «Stop Trans Pathologization-2012 - movimento Rete Internazionale per la Depatologizzazione delle Identità Trans», reperibile sul sito www.stp2012.wordpress.com.

²⁶⁰ L'orientamento diffuso dai teologi della morale, che nega liceità al cambiamento di sesso, è ben rappresentato dagli articoli di C. CAFFARRA, *Il transessualismo: aspetti etici*, in *Medicina e Morale*, XXX, 1985, 4, pp.717-723 e M. COZZOLI, *Il problema etico del transessualismo*, in *Medicina e Morale*, XXXIV, 1986, 4, pp. 806-813. Per l'Autore tale «bipolarità è un dato che precede le nostre possibilità: il sesso nasce prima di noi. La libertà lo riconosce e l'assume come compito - a volte sofferto e persino drammatico - ma in qualche modo sempre possibile di *fedeltà al proprio essere uomo o donna*». Si vedano, inoltre i più recenti lavori di S. CIPRESSA, *Il fenomeno transessuale tra medicina e morale*, Istituto Siciliano di Bioetica, Acireale (Ct) 2001, E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica, Aspetti medico sociali*, Vol. II, Vita & Pensiero, Milano 2002, pp.123-138.

²⁶¹ Sono le parole con cui si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza n.161 del 6 maggio 1985, per rigettare la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, Sez. I Civile, con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione, in relazione agli artt. 1 e 5 della legge n. 164/82 «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», ritenendo, al contrario di

quanto sostenuto dai giudici di ultima istanza, che «La legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale.», giudicando l'opera del legislatore intesa a «consentire l'affermazione della personalità [dei transessuali] e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagna nella loro esistenza», cit. punto 4 del *considerato in diritto*.

Vi è, inoltre, da evidenziare come la Consulta abbia ricondotto al nucleo dei diritti inviolabili dell'uomo, il diritto all'identità sessuale e abbia ribadito il carattere aperto della categoria dei diritti inviolabili, alla quale fa riferimento l'art. 2 della Costituzione. Sul tema cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, Roma 1975, p.50; M. EROLI, *Legge n. 164 del 1982 e transessualismo dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giur. It.* 1986, pp.469-474; M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale nota a Corte cost. 6 Maggio 1985, n. 161*, in *Giur. it.*, 1987, pp.235 ss.

Deve essere ricordato come con la sentenza n.98 del 1979, la Consulta si fosse espressa, in assenza di una legislazione in materia, in senso diametralmente opposto all'orientamento richiamato, escludendo che il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita e all'attribuzione di un genere diverso, non fosse lecito nelle ipotesi di mutazioni artificiali degli attributi sessuali che «facciano perdere ad un individuo le caratteristiche peculiari maschili ed acquistare quelle femminili esterne qualora le modificazioni trovino corrispondenza in una originaria, indiscutibile, personalità psichica di natura femminile»: non ravvisando in sostanza, nel nostro ordinamento, un diritto inviolabile all'identità sessuale. La sentenza è stata commentata, tra gli altri da S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur Cost.* 1979, pp.1179 -1197; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sentenza n.98 della Corte Costituzionale*, in *Rass. Dir. Civile*, 1980, p.507. Di un decennio precedente, le osservazioni di P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, *Dir. Giur.* 1970, p.834 ss., nonché dello stesso Autore cfr. *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, in *Annali fac. giur. Univ. Camerino*, 1972, pp. 433 ss.

In termini di prevalenza del soma da adattare alla psiche, si era espresso il *Bundesverfassungsgericht*, con la decisione dell'11

D'altronde, il concetto di «multiculturalismo» normalmente involge la tematica dello straniero, dell'immigrato, del non-cittadino; del *quid* alieno, irrompente all'interno di uno Stato o di un gruppo sociale omogeneo, portatore di una propria carica valoriale, chiave di lettura del mondo e delle cose.

Tuttavia, se si riflette sulla forza espansiva del termine che, quanto meno nominalisticamente, rimanda a una situazione concreta - il cui contesto territoriale e politico venga, *de facto*, condiviso da «pluralità di culture»²⁶² - i confini semantici del termine si presterebbero, con un duplice ordine di cautele, a essere diversamente modellati: in *primis*, arginare il rischio di dilatare l'idea di «multiculturalismo»

ottobre 1978, in *Foro it.*, IV, c. 272, con nota di G. VOLPE. La giurisprudenza del Tribunale tedesco è stata recentemente richiamata dal Tribunale di Bologna, I Sez. Civ. nel procedimento camerale n.5153/03 (sentenza n.59/05) il quale ha riconosciuto il diritto alla rettificazione anche in assenza dell'intervento chirurgico ricostruttivo, pur esigendo ancora l'intervento demolitorio al fine di verificare "una modificazione radicale e irreversibile degli organi interni che precludano irreversibilmente la capacità di procreazione". Analogamente, *ex plurimis*, cfr. Tribunale di Monza, sentenza dell'8/11/05.

E' evidente come, in questi procedimenti, svolga un ruolo decisivo la consulenza tecnica d'ufficio. Sul punto, cfr. M. TANTALO, *La consulenza tecnica d'ufficio in tema di transessualismo*, in *Riv. It. Med. Legale*, 1988, pp.837 ss.

²⁶² F. VIOLA, *Il ruolo pubblico della religione nella società multiculturale*, in *Multiculturalismo e identità*, a cura di C. VIGNA e S. ZAMAGNI, Vita & Pensiero, Milano 2002, cit. p.108, il quale distingue il multiculturalismo dal pluralismo in generale e sostiene l'idea di una «società politica multiculturale come comunità politica la cui identità è il risultato dinamico dell'incontro e della comunicazione tra determinate identità culturali se queste non sono intese come mondi chiusi e immodificabili, ma come disponibili a generare nuove pratiche di vita comune attraverso il co-apprendimento evolutivo all'interno di principi e regole istituzionali preesistenti».

attraverso una divagazione definitoria del termine «cultura» e mantenere le implicazioni di natura giuridica derivanti da questa operazione di *riduzione*, adesive all'accezione selezionata; in *secundis* tenere ferma la considerazione che, dal punto di vista giuridico, il tema del «multiculturalismo» deve concepirsi come *propositivo* e volto a ricercare le misure più idonee a impedire l'omologazione degli orientamenti di pensiero e dei comportamenti ma, soprattutto, a contrastare le discriminazioni.

E in effetti, «cultura» è un concetto denso di significato - comprensivo di una serie indefinibile degli aspetti del vivere umano - che mutuato dalle scienze sociali, antropologiche²⁶³ e filosofiche, ha sostanzialmente messo in gioco e «in forse» l'assetto assiologico della democrazia così come tradizionalmente intesa.

Si profila così una questione preliminare, inerente alla possibilità di descrivere il transessualismo come un fenomeno che - sia da un punto di vista esterno, sia da un punto di vista interno - si possa presentare, nei suoi tratti distintivi, come culturale o di *rilevanza culturale*²⁶⁴.

²⁶³ U. HANNERZ, *La diversità culturale*, Il Mulino, Bologna 2001.

²⁶⁴ Per una recente riflessione sulle radici culturali del transessualismo, si rinvia a E. RUSPINI, M. INGHILLERI, *Transessualità e scienze sociali. Identità di genere nella postmodernità*, Liguori, Napoli 2008, spec. pp.19-129 e al "classico" della letteratura sul tema di R. GREEN, *Il transessualismo: aspetti mitologici, storici ed etnologici*, in H. BENJAMIN, *Il fenomeno transessuale*, op. cit., appendice C, laddove nelle conclusioni si sottolinea come «il fenomeno dell'assunzione del ruolo di membro del sesso opposto non sia né nuovo, né proprio esclusivamente della nostra cultura: prova della sua esistenza si rintraccia sin nei più antichi miti documentati. Diverse culture offrono dati che dimostrano come il fenomeno permanga largamente in questa o quella forma, e sia stato

Il punto di osservazione esterno, si poggia su una premessa tecnica: mentre il sesso cromosomico è quello biologicamente determinato e si manifesta attraverso un

integrato nelle culture secondo una variabile graduazione di accettazione sociale».

Anche in medicina è già stato notato come il sesso, pur essendo cromosomicamente determinato, non sempre possa essere considerato come avulso dal contesto culturale, ma vada studiato secondo una «concezione dinamica attenta soprattutto al significato evolutivo delle vicende sessuali», cfr. ANTIGNANI, *Sulla natura della diagnosi di sesso (a proposito di alcune sentenze)*, in *Dir. Giur.*, 1970, p. 518 e ZARONE, *La diagnosi di sesso. Aspetti medico legali*, in *Rass. Medico-forense*, 1976, p.51 e ss., entrambi citati da G. SCIANCALEPORE e G. STANZIONE in *Transsessualismo e tutela della persona*, nota n.19 p.60. L'orientamento contrario, sul quale sembrava essersi attestata la prima giurisprudenza della Cassazione, ostativa alla rettificazione anagrafica del sesso, lo si rinviene in M.V. PALMIERI, *Diagnosi e mutamento di sesso*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII,1970, II, pp. 233 ss. per il quale «Ora non può sussistere dubbio sulla necessità che la personalità sessuale di un individuo rappresenti una costante e non una variabile. Si pensi alle implicazioni che l'attribuzione di sesso ha, non solo nei riguardi del matrimonio, ma altresì dell'attitudine al sacerdozio ed al servizio militare». Per il profilo medico legale si rimanda a C. LORÉ, P. MARTINI, *Aspetti e problemi medico-legali del transsessualismo*, Giuffrè, Milano 1984.

Per una riflessione sugli aspetti medico legali del fenomeno, cfr. T. L. SCHWARZENBERG, *Considerazioni medico-legali sulla transessualità e sindromi correlate*, in *Dir. Fam.*, 1975, pp.1456 ss.; M. BACCI, F. BARONE, G. BENUCCI, L. LALLI, *Transsessualismo: aspetti medico-legali in 7 casi di richiesta di adeguamento dei caratteri sessuali*, in *Rass. It. di Criminologia*, 1995, pp.9-30 e la dottrina ivi richiamata.

Per completezza, e pur esulando dall'oggetto specifico di indagine, si vedano gli interessanti approfondimenti criminologici svolti da F. CUTTICA, F. LEDDA, *Aspetti antropologici, normativi e criminologici del transsessualismo*, pp.167-177, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Vol.VIII, *Criminologia e psichiatria forense delle condotte sessuali normali, abnormi e criminali*, Giuffrè, Milano 1988; L. ABBATE, F. BRUNO, S. COSTANZO, *Aspetti generali, psicologici e psichiatrico-forensi del transsessualismo*, *Ibidem*, pp. 179-217.

apparato di organi interni e attributi anatomici²⁶⁵, a cui corrisponde indissolubilmente una delle più importanti funzioni vitali dell'essere umano, cioè la procreazione; il «genere» è soprattutto una costruzione culturale, fatta di immagini prototipiche e convenzionali del maschile e del femminile²⁶⁶, in forza delle quali si opera il

²⁶⁵ Il criterio meramente cromosomico dell'«immutabilità del sesso» e la conseguente irrilevanza del cambiamento dello stesso a seguito dell'intervento chirurgico, ha costituito, sino al luglio 2004, la base fattuale e giuridica della legislazione e della prassi giurisprudenziale del Regno Unito (cfr. *Matrimonial Causes Act* del 1973, *Family Law Act* del 1986; cfr. *High Court*, pronuncia del 2 febbraio 1971, caso *Corbett c. Corbett*, *House of Lords*, caso *Bellinger c. Bellinger*, del 10 aprile 2003) entrambe cit. in L. TRUCCO, *Transessuali e Regno Unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici*, *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, III, 2004, pp.825 ss.; inoltre, della stessa Autrice, cfr. *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, I, 2003, pp.371-382, a cui si rinvia anche per un'analisi delle decisioni della della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 11 luglio 2002, *C. Goodwin c. Regno Unito*) e della Corte di giustizia delle Comunità europee sentenza 7 gennaio 2004, causa C-117/01 *K.B. c. The National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*).

Il riconoscimento legislativo del cambiamento di genere, è stato compiutamente operato dall'ordinamento britannico, solo con il *Gender Recognition Act* del 1 luglio 2004, emanato dal Parlamento a seguito delle richiamate pronunce dei giudici sovranazionali, ove si ricomprende, nell'ambito delle *Applications for gender recognition certificate: 1 Applications. (1) A person of either gender who is aged at least 18 may make an application for a gender recognition certificate on the basis of— (a) living in the other gender, or (b) having changed gender under the law of a country or territory outside the United Kingdom.*

(2) In this Act “the acquired gender”, in relation to a person by whom an application under subsection (1) is or has been made, means— (a) in the case of an application under paragraph (a) of that subsection, the gender in which the person is living, or (b) in the case of an application under paragraph (b) of that subsection, the gender to which the person has changed under the law of the country or territory concerned.

²⁶⁶ Come si legge nel pregevole lavoro *L'identità transessuale tra storia e clinica. Quale intervento per quale domanda* di R. VITELLI, M. BOTTONE, N. SISCI, P. VALERIO, in *Gay e lesbiche in psicoterapia*, a cura di M. GRAGLIA e P. RIGLIANO, Cortina 2007 nel significativo paragrafo di chiusura *Alcune considerazioni finali: Il transessualismo come icona del post-moderno*, «Dall'inizio del XX secolo fino ai giorni nostri, il tema della sessualità e del genere sessuale è risultato e risulta centrale nella cultura occidentale. I movimenti di rottura nati durante il Novecento, da quello femminista a quello omosessuale, hanno prodotto svolte radicali nel modo di pensare i ruoli sessuali: il superamento delle concezioni dualistiche e dicotomiche per cui due soggetti sessuati producevano discorsi opposti e irriducibili ha prodotto così sul piano sociale una proliferazione di modalità di declinazione della soggettività, un pluralismo delle scelte e delle pratiche sessuali, rendendo quindi obsolete quelle posizioni teoriche implicitamente

riconoscimento sociale²⁶⁷ e giuridico²⁶⁸ di un soggetto, per inserirlo in una casella ontologicamente data ed epifenomenica di una realtà biologica precostituita.

normative che vedevano nell' "inversione" una sorta di "fallimento" del "normale" sviluppo psicosessuale».

Riproponendo un passaggio degli psicoanalisti Barale e Ferruta, in cui si legge che «*Cross-dressers e transessuali sono visti così come maschere iperboliche di una soggettività instabile e disseminata, all'interno della quale non è più riconoscibile alcun "nucleo" e di conseguenza alcuna distinzione tra vero e falso sé; ma solo sé aperti, che prendono forma, si organizzano, disorganizzano nelle relazioni in atto: identità provvisorie*», sembrerebbero, così, confermate dallo stato attuale della realtà le tesi sostenute da quella parte della letteratura che «ha percepito il transgenderismo ed il transessualismo come veri e propri movimenti di rottura del tradizionale modo di interpretare le differenze sessuali, in altre parole come delle vere e proprie "icone" della declinazione post-moderna dell'identità soggettiva.», F. BARALE, A. FERRUTA *But is Paris really burning? Uncertainty Anxieties and the Normal Chaos of Love*, in *International Journal of Psychoanalysis*, 78 (2), pp. 373-378, trad. it. cit. C. SCHINAIA, *Dall'eccesso della stravaganza all'eccesso di normalità. Trasformazioni del transessuale*, in *Psiche*, X, 1, pp. 119-134, le citazioni sono riportate da AA.Vv., *L'identità transessuale*, op.cit.

²⁶⁷ «Il tentativo di scardinamento della logica binaria dei generi sembra portare con sé lo sviluppo di "una forza uguale e contraria". Se i concetti di mascolinità e femminilità sono descrivibili come costruzioni sociali in cui sono insite bipartizioni riflettenti prefigurazioni di ambiti di potere, l'accettazione sociale di condizioni ambigue riguardo al genere farebbe vacillare la pratica millenaria del *Medesimo* e dell'*Altro*, su cui si fonda ogni sistema di dominio e di potere. Pertanto è necessario e funzionale al sistema porre dei limiti ai tentativi di "sovversione discorsiva", limiti alle possibilità di configurazioni di genere altrimenti immaginabili, "limiti posti nei termini di un discorso culturale egemonico basato sulle strutture binarie che si presentano come linguaggio della razionalità universale"» le espressioni tra virgolette sono di J. BUTLER, *Scambi di Genere - Identità, sesso e desiderio*. (1990), trad. it. Sansoni Editore, Milano 2004., cit. in AA.Vv., *L'identità transessuale*, op.cit.

²⁶⁸ Per certi versi, come scriveva Foucault nella sua introduzione alle memorie di Herculine Barbin, «Le teorie biologiche della sessualità, le concezioni giuridiche dell'individuo, le forme di controllo amministrativo delle nazioni moderne, a poco a poco hanno condotto a rifiutare l'idea di due sessi presenti in un solo corpo. Di conseguenza è stata limitata la libertà di scelta degli individui il cui sesso è incerto. D'ora in avanti ognuno doveva avere un solo e unico sesso». M. FOUCAULT, *Herculine Barbin detta Alexina*

D'altra parte, l'esistenza di un *idem sentire*, sfocia nel tentativo di canalizzazione della propria alterità verso un centro «forte», capace di decodificare simboli, letture, eventi, mode e modi di essere identificativi della popolazione *transgender*, al fine di costruire una rete interattiva e solidale che permetta all'osservatore esterno di riconoscere il gruppo come *cultura*²⁶⁹ e, successivamente, come formazione sociale.

In altre parole, il fenomeno transessuale mettendo in crisi le categorie binarie maschio/femmina²⁷⁰ conosciute

B. Una strana confessione. Memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault, trad. it. Einaudi, Torino 1979, cit. in AA. VV., *L'identità transessuale*, op.cit.

²⁶⁹ Ed è evidente che l'indagine su cosa debba, attualmente, intendersi con il termine «cultura» non possa essere svolta in questa sede, tuttavia sul tema cfr. *Cultura* (voce), in Enc. Giuridica Treccani, ove, con ampliamento della semantica, la stessa viene intesa come «la scelta consapevole, la adozione pratica di un sistema di vita, di un costume, di un comportamento o, anche, l'attribuzione di un determinato valore a determinate concezioni della realtà, l'acquisizione di una sensibilità e coscienza collettiva di fronte a problemi umani e sociali che non possono essere ignorati, trascurati».

²⁷⁰ In senso contrario è stato ritenuto che «paradossalmente, la persona transessuale, al di là della maschera apparente di travalicazione dei confini della dicotomia Maschile\Femminile, in realtà preserva quei confini e legittima tale dicotomia, negando, sia pure non in maniera manifesta la possibilità di ambiguità personali generatrici di diversità: la modifica dei caratteri sessuali, delle modalità di presentazione dei caratteri anatomici, come anche la rivendicazione dell'aderenza ad un supposto "genere sessuale contrario a quello dettato dall'apparenza anatomica" sembrano andare in tale direzione. Verrebbe, dunque, da pensare ad una intolleranza riflessa dal corpo sociale, che in questo senso costruisce il problema del transessualismo e crea la sua soluzione chirurgica. In questa cornice risulta difficile e faticoso per lo psicologo trovarsi ad affrontare problemi che si inseriscono in una serie di pratiche discorsive alienanti prodotte dal sapere medico stesso, e tentare quindi di articolare, a partire dalle basi gettate fin dal primo

dall'ordinamento, comporta a cagione della sua complessità, una inadeguatezza sociale di gestione della diversità che, in ultima analisi, si traduce nel problema giuridico del trattamento delle «minoranze interne», delle «subculture», particolare delle società pluraliste-democratiche, e si verifica quando una cultura maggioritaria - politicamente dominante - impone alle minoranze la propria forma di vita, arrivando, in tal modo, a negare l'effettiva eguaglianza giuridica per i cittadini di *cultura diversa*²⁷¹.

Se si aderisce, con le dovute cautele, all'ipotesi della rilevanza culturale del fenomeno transessuale, occorrerà esaminare le modalità di protezione che il diritto appresta per tutelare queste posizioni individuali e collettive dinanzi al dramma dell'emarginazione - *id est* delle discriminazioni basate sull'identità di genere - adottando una prospettiva al contempo *ibrida e statica*, che metta a fuoco un'analisi saldamente ancorata al quadro positivo vigente²⁷², nonché all'opera

colloquio con l'utente, un discorso altro, al fine di non subordinare la capacità di autodeterminazione del soggetto alle attese del corpo sociale.», AA. VV., *L'identità transessuale*, op.cit.

²⁷¹ Si tratta della visione del multiculturalismo, coerente con la teoria del discorso razionale e dell'agire comunicativo, di Habermas descritta nel *L'inclusione dell'altro, Studi di teoria politica*, (1996), ed.it. a cura di L. Ceppa, Universale Economica Feltrinelli, Milano 2008, cit. pp.155-157, e nell'opera *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, (1996) ed. Universale Econ. Feltrinelli 2008, di cui Charles Taylor è coautore; cfr. anche P. DONATI, *Oltre il multiculturalismo*, Laterza, Bari 2008.

²⁷² Le legislazioni europee meno recenti sono la *Transsexuellengesetz*, (TSG) dell'ordinamento tedesco 10 settembre 1980, e la legge italiana del 14 aprile 1982, n. 164 recante «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso». Seguono la normativa olandese del 1985, contenuta nell'art.29 del Codice Civile, lettere da a) sino a d), la legislazione austriaca n.9 del 1993 *Gesetze, Verordnungen, Erlässe, Transsexuelle Personenstandsrechtliche*

interpretativa della giurisprudenza (costituzionale, comunitaria e internazionale) degli ultimi anni e che, tuttavia, conservi sullo sfondo la presenza dell'elemento culturale e sociologico, al fine di dimostrare come, quanto meno sul piano politico, l'associazionismo solidale delle comunità lesbiche, gay, bisessuali e transessuali²⁷³ (LGBT), abbia prodotto alcuni risultati

Stellung, la legge finlandese del 28 giugno 2002, n.563 denominata *The Gender confirmation of transsexual individuals Act*, il britannico *Gender Recognition Act* dell'aprile 2004, e la recentissima *ley* iberica del marzo 2007, n.3 riguardante la *Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*.

Per una panoramica della dottrina più recente sulla legge italiana in materia di rettificazione di attribuzione di sesso si veda P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, Relazione alle XIX Jornadas Juridicas sobre Identificación sexual y juridificación de la vida afectiva, Lérida, 6-7 marzo 2008, ora in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, fasc. 2, pagg. 713-730, pt. 2, spec. § I *Dal mito al diritto: la legge n. 164/82. La riconduzione a sistema del provvedimento normativo tra principi generali e norme di diritto positivo*. Tra i primi commentatori che salutarono la l. 14/4/82, n. 164, come una prima e perciò importante affermazione di protezione dell'identità personale cfr. M. DOGLIOTTI, *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. Civ.*, 2, 1982, fasc. 10, pp.467-471, il quale fu, però, critico per l'approssimazione del linguaggio e le diverse ambiguità riscontrate nel contenuto.

Interesse per la legge in oggetto è sorto con vigore anche nella letteratura medica e di psicologia. Cfr. G. DE VINCENTIS, F. CUTTICA, F. LEDDA, *Rettificazione della attribuzione di sesso e transessualismo (commento critico alla L. 14 aprile 1982, n. 164)*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1983, pp. 892-916; A. FIORI, *Rettificazione di attribuzione di sesso (legge 14 aprile 1982)*, ivi pp.1076-84; P. CALCATERRA, *Norme in materia di rettificazione di sesso*. *Riv. Sessuol.* 21(2)1997, pp.116-25;

²⁷³ Acronimo adottato a livello internazionale per designare l'insieme sociale di tutti i soggetti indicati, con il rilievo, non secondario del riconoscimento del gruppo come dotato di una identità in quanto tale. Cfr. il rapporto 2008 dell' *European Union Agency for Fundamental Rights Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, ove si definiscono i soggetti transessuali «since they too form a distinctive 'social group' whose members share a common characteristic and have a distinct identity due to the perception in the society of origin».

concreti: esiste una comunità LGBT; mai come in questo momento storico, ha dato una testimonianza forte della sua presenza sul piano delle istituzioni internazionali ed europee, rivendicando a voce alta la propria dignità e, conseguentemente, l'esistenza del diritto ad essere se stessi e a non essere discriminati in forza della situazione di transizione da un genere all'altro che si trovano a dover affrontare.

Per quanto concerne i diritti umani, il nucleo essenziale, espressivo della rilevanza costituzionale dell'argomento, è racchiuso negli articoli 2 e 3 della nostra Carta Fondamentale, ma anche nell'importanza che i diritti fondamentali dell'uomo rivestono negli stati democratici, come testimoniano sia la *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* del 1945, sia la *Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ratificata dall'Italia nel 1955 e, infine, la *Carta dei diritti fondamentali* dell'Unione europea del 2000.

Nel dicembre 2008, la proposta dell'Unione Europea, presentata dalla presidenza francese contro il reato di omosessualità²⁷⁴, le discriminazioni basate

²⁷⁴ Una pronuncia innovativa della Cassazione I Sezione penale, n. 2907 del 18 gennaio 2008 ha dato concreta attuazione al principio di *non-refoulement* contenuto nell'art.33 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo *status* di rifugiato, impedendo l'allontanamento dello straniero che a ragione del proprio orientamento sessuale possa, nel Paese di origine, essere penalmente perseguitato e assoggettato a pene contrarie al rispetto dei diritti fondamentali della persona. Il caso concreto ha riguardato la vicenda di un cittadino marocchino incriminato da una norma del codice penale del Marocco per il reato di omosessualità come pratica personale. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha mantenuto ferma, a partire dalla celebre decisione *Dudgeon e Norris c. Irlanda* del 1988, l'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel senso di ricondurre

sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, si è tradotta, in occasione della sessantatreesima Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nella *Dichiarazione su*

al concetto di «diritto al rispetto della vita privata», il diritto alla libertà della vita sessuale qualora la relazione sia tra adulti consenzienti, condannando altresì la repressione penale dell'omosessualità e le discriminazioni in materia di accesso ai diritti parentali, di impiego, di prestazioni sociali. Cfr rispettivamente *ex plurimis, E.B v. Francia*, 2008, *Salgueiro De Silva Mouta v. Portogallo*, 1999; sul divieto di discriminazione nelle forze armate, *Perkins v. Italia*, 2002, *L.Prean e Beckett e Smith e Gradye v. Regno Unito*, 1999; in materia di locazioni al partner superstite dello stesso sesso cfr. *Karner v. Austria*, 2003.

Sull'abolizione del reato di sodomia, punito in alcuni paesi con la morte o con il carcere a vita, proposta contenuta nella ricordata dichiarazione sui *Diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere* promossa dalla presidenza francese dell'Unione Europea, pur sostenuta da 66 Paesi non ha raggiunto il rango di risoluzione. Tra gli Stati oppositori, interessante la posizione della Santa Sede la quale: «apprezza gli sforzi fatti nella *Dichiarazione sui diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere* [...] per condannare ogni forma di violenza nei confronti di persone omosessuali, come pure per spingere gli Stati a prendere tutte le misure necessarie per metter fine a tutte le pene criminali contro di esse. Allo stesso tempo, la Santa Sede osserva che la formulazione di questa Dichiarazione va ben aldilà dell'intento sopra indicato e da essa condiviso. In particolare, le categorie “orientamento sessuale” e “identità di genere”, usate nel testo, non trovano riconoscimento o chiara e condivisa definizione nella legislazione internazionale. Se esse dovessero essere prese in considerazione nella proclamazione e nella traduzione in pratica di diritti fondamentali, sarebbero causa di una seria incertezza giuridica, come pure verrebbero a minare la capacità degli Stati alla partecipazione a e alla messa in atto di nuove o già esistenti convenzioni e standard sui diritti umani. Nonostante la Dichiarazione giustamente condanni tutte le forme di violenza contro le persone omosessuali e affermi il dovere di proteggerle da esse, il documento, considerato nella sua interezza, va aldilà di questo obiettivo e dà invece origine a incertezza delle leggi e mette in questione le norme esistenti sui diritti umani. La Santa Sede continua a sostenere che ogni segno di ingiusta discriminazione nei confronti delle persone omosessuali deve essere evitato, e spinge gli Stati a metter fine alle pene criminali contro di esse.» in www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2008/documents/rc_segst_20081218_state_mentsexualorientation_it.

Quanto all'analisi delle origini storiche e dell'evoluzione giurisprudenziale del reato di sodomia che, insieme alla depenalizzazione della fattispecie, recano *in nuce* una potenza espansiva verso la più ampia emancipazione, si rinvia al rapporto dell'Human Rights Watch *This Alien Legacy. The Origins of “Sodomy” Laws in British Colonialism*, Usa, 2008, reperibile anche sul sito web www.hrw.org.

diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere, cui hanno aderito sessantasei Stati membri Onu.

Tale dichiarazione, richiamando la risoluzione dell'Assemblea Generale degli Stati Americani del 2008²⁷⁵, ha ribadito l'inclusione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere tra le forme di protezione internazionale dei diritti umani fondamentali.

Nella medesima occasione, sessantasei paesi hanno dichiarato di essere «profondamente preoccupati per le violazioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali fondate sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere» ed hanno, sottolineando altresì che «la violenza, le molestie, la discriminazione, l'esclusione, stigmatizzazione e il pregiudizio sono dirette contro le persone in tutti i paesi del mondo a causa dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere»²⁷⁶.

Tuttavia, le rivendicazioni in chiave di tutela, da parte dei soggetti «in transito» da un genere ad un altro, sono state storicamente diverse²⁷⁷.

In un primo momento, l'attenzione si è incentrata sulla richiesta di vedere legalmente riconosciuto il sesso diverso da quello di origine e, conseguentemente, sull'ammissibilità del procedimento di rettificazione e

²⁷⁵ Risoluzione adottata dalla IV sessione Plenaria del 3 giugno 2008, AG/RES 2435 (XXXVIII-O/08) *Human Rights, Sexual Orientation, And Gender Identity*.

²⁷⁶ Di tali parole si è fatto portavoce lo Stato dell'Argentina: il testo della nota GA/10801 è rinvenibile sul sito dell'ONU seguendo il link *Department of Public Information - News and Media Division - New York*.

²⁷⁷ Cfr. la Carta dei diritti umani e identità di genere (*human rights and gender identity*) del luglio 2009 adottata dal Commissario T. Hammerberger del Consiglio d'Europa - Commissione per i diritti umani.

dello *status*²⁷⁸; per investire poi, il diritto di sposarsi²⁷⁹, di essere genitori²⁸⁰, di «ritornare sui propri passi»²⁸¹, il

²⁷⁸ Molte questioni sono connesse al procedimento di riattribuzione, innanzitutto, quella dell'operazione chirurgica di isterectomia o dell'asportazione del pene e dei testicoli, sterilizzazione che le legislazioni vogliono totale e irreversibile. Vi è poi, come presupposto del cambiamento di genere, il trascorrere di un determinato arco di tempo, dai due ai tre anni a seconda della legislazione, in cui il comportamento sociale deve corrispondere al sesso rivendicato.

²⁷⁹ Diritto riconosciuto, ad un transessuale a seguito del mutamento di genere, dalla Corte di Strasburgo con la sentenza *C. Goodwin c. Regno Unito*, 2002 e dalla Corte di Giustizia in riferimento al mancato riconoscimento della pensione di reversibilità sul presupposto dell'assenza del matrimonio tra il *de cuius* e un transessuale, cfr. *K.B v. National health Service Pensions Agency*, c-117/01; Già nel 1975 la Corte costituzionale italiana, riferendosi, naturalmente alle coppie eterosessuali, aveva consacrato a rango di diritto inviolabile la libertà di contrarre matrimonio.

²⁸⁰ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, caso di *X,Y, e Z v. Regno Unito*, 1997, dove si è stabilito che l'art. 8 della CEDU non obbliga lo Stato a riconoscere formalmente come padre giuridico una persona che non è il padre genetico del bambino.

Il *Tribunal Constitucional* spagnolo nel 2008, STC 176/2008 si è pronunciato sul ricorso presentato contro la sentenza emessa in primo grado che aveva stabilito una restrizione del regime di visite del ricorrente transessuale al figlio minore. Pur riconoscendo che tale sentenza si fondò in modo prevalente sull'interesse alla tutela del minore, il tribunale, citando le disposizioni della CEDU, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dei Trattati Comunitari, nonché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha ribadito il principio secondo cui un provvedimento giudiziario può definirsi discriminatorio laddove esso sia volto a limitare o sospendere la comunicazione fra genitore e figli minori se basato principalmente o unicamente sull'orientamento sessuale del genitore (nel caso in esame si ha riguardo alla transessualità del padre).

Per una riflessione specifica sulle problematiche che la transessualità può comportare nel campo dell'esercizio della potestà genitoriale, la procreazione assistita e l'adozione, anche in considerazione del fatto che l'ordinamento italiano è caratterizzato dai principi del superiore interesse del minore e del divieto di discriminazioni in base alle modalità di attribuzione del sesso, si rinvia al contributo di J. LONG, *Essere genitori transessuali*, Relazione al Convegno *Adozione, affidamento, essere genitori in transizione*, Torino, 23 febbraio 2008 in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, fasc. 7-8, pagg. 236-247, pt. 2.

A conclusioni aberranti ha, invece, condotto il famoso caso del «Mammo dell'Oregon», del mancato perfezionamento del processo di transizione FtM (Femmina verso Maschio) da parte di Thomas Beatie,

diritto di ottenere gratuitamente, dallo Stato, le cure ormonali necessarie e l'intervento chirurgico di riassegnazione, sino alla sicurezza sociale, previdenziale e il diritto al lavoro²⁸².

In effetti è proprio in ragione della scarsa effettività della tutela apprestata al diritto al lavoro e dell'elevato costo delle operazioni da affrontare per eliminare la dissonanza tra il sesso morfologico e quello psichico, che un'elevata percentuale di questi soggetti, non supportati dalle famiglie di origine, si spinge verso

nata donna il quale (o la quale?), avendo operato una trasformazione FtM solo morfologica, consistente nell'asportazione dei seni e terapia endocrinologica mascolinizante e, avendo conservato l'apparato riproduttivo femminile, ha dato alla luce un bambino con la tecnica della fecondazione assistita in presenza di un'incapacità a procreare della sua compagna.

Sulle implicazioni costituzionali si rinvia all'attento lavoro di F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti*, in V. BALDINI, *Diritti dell'uomo e problematiche fondamentali*, (a cura di) Giappichelli, Torino, 2003.

²⁸¹ La legge tedesca appresta dei rimedi all'irreversibilità del processo, introducendo la possibilità di richiedere solo il cambio del nome e non del genere, in consonanza dei ripensamenti, non arbitrari, che possano discendere da esigenze psichiche del soggetto da valutare con il precipuo scopo di tutelare la persona umana e la sua dignità.

²⁸² Così si è espressa l'Alta Commissione Onu per i Diritti umani alla Conferenza Internazionale sui diritti umani delle persone LGBT «Neither the existence of national laws, nor the prevalence of custom can ever justify the abuse, attacks, torture and indeed killings that gay, lesbian, bisexual, and transgender persons are subjected to because of who they are or are perceived to be. Because of the stigma attached to issues surrounding sexual orientation and gender identity, violence against LGBT persons is frequently unreported, undocumented and goes ultimately unpunished. Rarely does it provoke public debate and outrage. This shameful silence is the ultimate rejection of the fundamental principle of universality of rights». Montreal, 26 luglio 2006. La relazione è disponibile sul sito www.unhchr.ch.

attività illecite come la prostituzione, spesso unico margine di sopravvivenza.

D'altra parte, poiché il diritto di non essere discriminato a causa del proprio sesso²⁸³ costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana e le forme di protezione dei diritti umani includono, altresì, il diritto all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

²⁸³ Cfr. Direttiva 2006/54/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 Luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, su cui v. *infra* § 4. Per ciò che adesso rileva, l'atto in oggetto, all'articolo 2, si occupa di definire: «a) discriminazione diretta: situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta: situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; c) molestie: situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato connesso al sesso di una persona avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo». Ancora interessante notare che la direttiva 2006/54/Ce abroga la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (Direttiva modificata dalla direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio), sulla quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee aveva edificato l'estensione analogica e la direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile.

Se il comun denominatore di tali documenti risiede nella eguaglianza in dignità²⁸⁴ e diritti di fronte al potere legislativo, giudiziario, politico ma anche di fronte alla società, deve ribadirsi che, evidentemente, non si tratta soltanto di una violazione del principio comunitario di non discriminazione ma della stessa funzione di garanzia e di sviluppo dei valori della persona, che restano irrealizzati in mancanza di leggi che non condannino esplicitamente l'omofobia²⁸⁵ e i cd. *hate crimes*.²⁸⁶

In ragione di quanto sopra esposto, si può affermare che esistono persone, le quali non vedono riconosciuti diritti che nessuno dovrebbe mai mettere in discussione: come il diritto alla vita (se pensiamo che solo in Italia dall'inizio del 2009 si sono verificati diversi omicidi di persone transessuali, su una comunità di circa 2000 soggetti²⁸⁷, mentre troppi restano i suicidi determinati

²⁸⁴ Sulle declinazioni del principio di dignità umana si rinvia al bel saggio di P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. e Soc.* 1/08. Cfr. inoltre per un approccio diverso U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari 2009; M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2002; P.F. SAVONA, «In limine iuris», *la genesi extraordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, Esi, Napoli 2005 spec. cap. VI *Coscienza giuridica "personalitaria"*.

²⁸⁵ In Italia si è rivelato infruttuoso il tentativo di istituire una legge sull'omofobia e la trans fobia. Il progetto di legge n.54/08 presentato dall'on.le Concia, non ha superato il vaglio della pregiudiziale di costituzionalità e non ha concluso l'iter legislativo.

²⁸⁶ Si veda lo *Scotland Offence Act* dell'08/07/2009 che condanna i crimini omofobici o transfobici con una pena simile a quella prevista per i crimini determinati da ragioni razziali.

²⁸⁷ In tutto il mondo, secondo uno studio internazionale della rivista on-line "*Liminalis - A Journal for Sex/Gender Emancipation*" in collaborazione con l'associazione *Transgender Europe* ogni 3 giorni avviene un omicidio di una persona trans: 121 omicidi nel corso del 2008 e nel 2009 almeno altri 87 casi. Il rapporto delle

dall'angoscia di vivere situazioni di emarginazione e vessazione), il diritto alla salute (nessuno può essere sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori se non per legge, mentre un intervento di chirurgia demolitoria e poi ricostruttiva, implica cure ormonali devastanti per l'apparato biliare ed epatico, ecc.); il diritto al lavoro (che viene messo in discussione in caso di rifiuto di assunzione di persone transessuali, a causa di pregiudizi «duri a morire», ovvero di *mobbing*, a causa della loro condizione).²⁸⁸

Dalle considerazioni svolte, si fa agevolmente strada il pensiero che per rendere effettivo il diritto delle persone *transgender* alla tutela della propria autodeterminazione sessuale non è sufficiente, se non solo da un angolo visuale statico e formale, riconoscerne legalmente lo *status* in un momento successivo a quello dell'avvenuta trasformazione anatomica.

In altri termini, si tratta di soggetti *in fieri*, che aspirano a un'identità più «coerente e meno ambigua»²⁸⁹, nella drammatica consapevolezza di dover

vittime relativo ai mesi gennaio-luglio 2009 sviluppato nell'ambito del *The Trans Murder Monitoring Project* è reperibile sul sito <http://www.tgeu.org/node/53>.

²⁸⁸ In senso analogo cfr. p.7 del Rapporto FRA 2008: «Furthermore, the report finds that the issue of transgendered persons, who are also victims of discrimination and homophobia, is adequately addressed in only 12 EU Member States that treat discrimination on grounds of transgender as a form of sex discrimination. This is generally a matter of practice of the anti-discrimination bodies or the courts rather than an explicit stipulation of legislation. In two Member States this type of discrimination is treated as sexual orientation discrimination. While in 13 Member States discrimination of transgender people is neither treated as sex discrimination nor as sexual orientation discrimination, resulting in a situation of legal uncertainty».

²⁸⁹ L'espressione, richiamata dalla Corte di Lussemburgo nella causa C-13/94, sentenza 30 aprile 1996, *P. contro S. e Cornwall*

affrontare un percorso fisico e mentale di lungo periodo, sicché, qualsivoglia intervento delle istituzioni, successivo alla rassegnazione chirurgica del sesso, rischierebbe di essere tardivo e *inutiliter* dato; si tratta di ripensare alla normativa vigente per apprestare una tutela effettiva e realizzare delle garanzie soprattutto nelle fasi di transizione da un genere all'altro.

Emblematicamente nel delicato settore delle politiche occupazionali, l'ordinamento comunitario ha emanato la direttiva 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego ove si enuncia, per la prima volta, anche in favore delle persone che abbiano subito un cambiamento di sesso, la parità fra uomini e donne come un principio fondamentale del diritto comunitario, ai sensi dell'articolo 2 e dell'articolo 3, paragrafo 2, del Trattato, nonché ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia.²⁹⁰

Il rilievo che il successivo punto n.3 dei *considerata*²⁹¹ abbia richiamato il filone giurisprudenziale della Corte

County Council, è della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cfr. sentenza *Rees*, del 17 ottobre 1986, punto 38.

²⁹⁰ Cfr. punto n.2 della direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006, pubblicata nella Gazzetta dell'Unione europea del 26.07.2006, le cui disposizioni accolgono una accezione pressoché onnicomprensiva di «parità» e inclusiva della *parità retributiva, di trattamento nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, di trattamento per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro*. Sul tema delle discriminazioni di genere, in particolare sulle tecniche di redazione delle nozioni comunitarie di discriminazione di genere, si rinvia a L. GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 247-287, spec. 247-253.

²⁹¹ *Ivi*, punto n.3, ove si legge «La Corte di giustizia ha ritenuto che il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento

di giustizia avviato dalla decisione *P. contro S. e Cornwall County Council* (C-13/94) e con il quale è stato esteso l'ambito operativo del principio in oggetto, non può che essere significativo.

Infatti, la pronuncia dei giudici comunitari se, da un lato, ha dichiarato che la sfera applicativa della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza al sesso maschile o femminile²⁹²; dall'altro, e più significativamente, ha statuito che « se una persona, [viene] licenziata in quanto ha *l'intenzione di subire* o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione.»²⁹³

Per la Corte, dunque, «il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare»²⁹⁴.

tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso». Di tenore pressoché analogo l'affermazione della Corte di Giustizia causa C-13/94, sentenza 30 aprile 1996, *P. contro S. e Cornwall County Council*, punto 20 delle *motivazioni della sentenza*, in cui «tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata».

²⁹² Cfr. Corte di Giustizia causa C-13/94, sentenza 30 aprile 1996, *P. contro S. e Cornwall County Council* punto 20 delle *motivazioni della sentenza*.

²⁹³ *Ibidem*, punto 21.

²⁹⁴ *Ibidem*, punto 22.

Ciò nondimeno, un rapido sguardo alla fonte positiva consente di notare una soluzione di discontinuità tra il contenuto precettivo di questa e le statuizioni contenute nell'*arrêt* citato.

Ma la dissonanza è immediatamente visibile: ovviare all'assenza di un pieno riconoscimento giuridico del mutamento dell'identità sessuale è cosa ben diversa dal richiedere l'intervento chirurgico di rassegnazione come presupposto della tutela antidiscriminatoria, assimilandolo, in buona misura, ad una sorta di *dies a quo*.

Il punto n.3 della direttiva (nella parte in cui fa riferimento alle «discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso») non lascia spazio a dubbi interpretativi e segna il momento a decorrere dal quale sarebbe possibile invocare - a favore della persona transessuale - la normativa antidiscriminatoria: a partire, cioè, dall'avvenuto mutamento (chirurgico) del sesso.

Ad ogni modo, messo in evidenza il valore programmatico della disposizione comunitaria in oggetto, la legislazione regionale in Italia si sta muovendo nella direzione auspicata dalle istituzioni internazionali ed europee, dalle organizzazioni non governative e, in primo luogo, da un comune senso di umanità, muovendosi, così, oltre la non discriminazione e la mera parità di trattamento *post metamorfosi chirurgica*.

In conclusione, *de iure condito*, deve ritenersi necessaria un'interpretazione delle disposizioni (nazionali e comunitarie) che tenga conto dell'arcipelago dei diritti fondamentali, anche secondo le coordinate proposte dalle istituzioni sovranazionali e internazionali, giacché soltanto un'ermeneutica teleologicamente orientata alla tutela del valore

personalista e della dignità umana, potrà rendere attuale ed effettivo il diritto di *diventare ciò che si è*.

2.4. I fatti economici.

Nel giudizio di legittimità costituzionale, assumono uno spessore non indifferente e ricorrono con una certa frequenza i fatti economici, ricoprendo un terreno esteso e variegato che, come sottolinea Ainis, ancora una volta, si presta ad essere indicato per esempi, per campioni²⁹⁵: la svalutazione economica, l'alterazione dei

²⁹⁵ Così, nella sentenza 34/1985 il vaglio di costituzionalità concerne particolari misure antinflattive disposte dal legislatore: «nel momento del presente giudizio, si può constatare che lo scopo è stato in buona parte conseguito; e questo risultato appare per sé stesso rilevante». La sentenza 30/1996 fa leva sui prezzi di mercato quanto al vaglio di costituzionalità dell'equo canone. Nella sentenza 283/1993 il fatto economico rilevante per definire il giudizio è dato dalla «edificabilità del suolo sopravvenuta di fatto». Infine nella sentenza 348/2007 (sull'indennità di esproprio) la Corte assume a

valori monetari e, più in generale, la situazione finanziaria del Paese²⁹⁶.

Il primo elemento, ricorre soprattutto nelle decisioni degli anni Ottanta del secolo scorso, in coincidenza con il dispiegarsi degli effetti del fenomeno inflazionistico, anche se la prima decisione che vi fa riferimento è la sentenza 118/1957²⁹⁷.

In presenza delle rilevanti proporzioni assunte dalla svalutazione monetaria che, in passato ha determinato il progressivo allontanamento dai presupposti di fatto sui quali si fondavano le valutazioni di congruità fatte dal legislatore²⁹⁸

parametro del proprio sindacato la situazione economica congiunturale, stabilendo che «la valutazione sull'adeguatezza dell'indennità deve essere condotta in termini relativi, avendo riguardo al quadro storico-economico ed al contesto istituzionale».

²⁹⁶ M. AINIS, op. ult. cit. p.9

²⁹⁷ Qualche esempio: nella sentenza 139/1984 (sulla determinazione del canone dei fondi rustici) secondo la Corte «deve escludersi che la svalutazione monetaria possa agire direttamente nel senso preteso dai locatori». Ciò nonostante la Corte stessa riscontra «insufficienze e disarmonie le quali, se non sono idonee, allo stato, a far dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, devono pur sempre essere eliminate dall'ordinamento»; e tali incongruenze «discendono principalmente dal fatto che, a base della determinazione del canone, sono ancora presi in considerazione i dati catastali del 1939, i quali, per il lungo periodo trascorso, perdono sempre più la idoneità a rappresentare le effettive caratteristiche dei terreni agricoli». Ed ancora, con la sentenza 107/1981 la Corte dichiara che «la svalutazione economica può venire in considerazione quando, a seguito del ritardo nella prestazione di una somma di denaro, il creditore riceva un pregiudizio, ottenendo un valore, stimato con riguardo al potere di acquisto della moneta, inferiore a quello che egli legittimamente attendeva».

²⁹⁸ La casistica riportata dal Ainis, richiama la sentenza 570/1989, ove la svalutazione economica fu determinante ai fini di «una sorta d'incostituzionalità sopravvenuta rispetto a un decreto regio del 1942, che identificava il piccolo imprenditore sulla base di

2.5. I fatti politici nel giudizio di legittimità in via incidentale, osservazioni sulla «serenità di svolgimento delle cariche».

Solitamente, i fatti politici vengono in particolare rilievo con riferimento ai conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, incidendo significativamente, sulla forma di governo intesa come l'insieme delle relazioni giuridiche che intercorrono tra gli organi supremi dell'ordinamento in ordine all'allocazione tra gli stessi del potere politico.²⁹⁹

Tuttavia, non mancano casi nei quali i fatti politici assumono rilievo in sede di giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti aventi forza di legge.

Paradigmatico il caso della dichiarazione di illegittimità dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 recante *Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato*, deciso dalla Corte con la sentenza n.262 del 2009.

Facendo ricorso alla tecnica del *precedente*³⁰⁰, il giudice costituzionale fa espressamente parte della propria motivazione degli elementi peculiari e insoliti per un giudizio sulle leggi, e precisamente richiama -

un capitale investito pari a 900 mila lire». Infine, rileva come in alcune decisioni essa viene fatta rientrare nel *genus* dei fatti notori (sentenza 52/1986), ovvero la Corte si dichiara incompetente a misurare l'efficacia dell'azione di contrasto verso la svalutazione, in omaggio alla discrezionalità legislativa (sentenza 173/1986).

²⁹⁹ Si fa qui riferimento alla definizione della forma di governo rinvenibile in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1994.

³⁰⁰ Quanto all'individuazione della *ratio*, la Corte richiama la sentenza n. 24 del 2004, sull'illegittimità di analogo fattispecie legislativa prevista dall'art. 1 della legge n. 140 del 2003, cd. Lodo Schifani..

quale elemento utile per testare la ragionevolezza della disposizione e verificare l'esistenza di una copertura costituzionale della sospensione dei processi penali per le alte cariche dello stato - la «protezione della serenità dello svolgimento delle attività connesse alle cariche in questione», e cioè l'«apprezzabile interesse» ad assicurare «il *sereno svolgimento* delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche», «soddisfazione di esigenze extraprocessuali»³⁰¹.

Sembra fuor di dubbio, ora, che un riferimento siffatto sia da inserire nel campo esterno alla dimensione giuridica della pronuncia di costituzionalità: un criterio singolare, indubbiamente, ma che dimostra, peraltro, la ricchezza del linguaggio e degli itinerari argomentativi del giudice delle leggi, ferma restando l'esigenza di chiarire e limitare i confini riferibili a

³⁰¹ Sent. 262 del 2009, punto 7.3.2.1 del considerato in diritto, ove legge inoltre, che: « a) la sospensione del processo penale prevista da quella norma per le alte cariche dello Stato (caratterizzata dalla generalità, automaticità e dalla durata non determinata) è finalizzata alla «soddisfazione di esigenze extraprocessuali»; b) tali esigenze consistono nella «protezione della serenità dello svolgimento delle attività connesse alle cariche in questione», e cioè nell'«apprezzabile interesse» ad assicurare «il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche»; c) detto interesse va tutelato in armonia con i principi fondamentali dello «Stato di diritto, rispetto al cui migliore assetto la protezione è strumentale»; d) la sospensione, dunque, è «predisposta [...] alla tutela delle importanti funzioni di cui si è detto»; e) ove si ritenesse (in base ad «un modo diverso, ma non opposto, di concepire i presupposti e gli scopi della norma») che il legislatore, in considerazione dell'«interesse pubblico allo svolgimento delle attività connesse alle alte cariche», abbia stimato tale svolgimento alla stregua di «un legittimo impedimento a comparire» nel processo penale ed abbia, perciò, «voluto stabilire una presunzione assoluta di legittimo impedimento», la misura della sospensione processuale «anche sotto questo aspetto [...] appare diretta alla protezione della funzione».

questo *fatto politico* del «sereno svolgimento della funzione». Ma, d'altra parte pertinente a questa tipologia di fatti l'incertezza dei contorni, proprio in considerazione del linguaggio talvolta polisenso del giudice costituzionale.

Un altro elemento fattuale viene individuato nella prassi degli attori istituzionali³⁰² e, in diverse occasioni, la Corte si riferisce a «prassi legislative»³⁰³, per ricavarne elementi di giudizio sul significato delle disposizioni costituzionali, «prassi parlamentari»³⁰⁴, in altri casi, la Corte costituzionale fa riferimento alle «politiche pubbliche», statali o regionali³⁰⁵.

³⁰² Come sottolinea Ainis, nel senso della conformità delle prassi a Costituzione, si può citare, ad esempio: il fenomeno della promulgazione parziale delle leggi regionali (cfr. sentenze 142/1981 e 13/1983); il *self-restraint* del capo dello Stato nell'adozione dei decreti delegati di amnistia e d'indulto ai sensi del vecchio testo dell'art. 79 Cost., che normalmente riproducevano parola per parola la legge di delegazione (sentenza 49/1980); l'istituto della grazia condizionata (sentenza 134/1976); la sfiducia individuale al ministro (sentenza 7/1996, resa in sede di conflitto di attribuzioni).

Nel senso della illegittimità, ad avviso dell'Autore citato, assume valore paradigmatico il caso dei rinvii plurimi della legge regionale: qui la Corte (sentenze 158/1988 e 79/1989) accusò la prassi d'aver determinato «tanto una sostanziale elusione delle norme e dei termini stabiliti dalla Costituzione, quanto un pratico stravolgimento del significato costituzionale dell'istituto del rinvio per riesame».

Una fattispecie analoga concerne inoltre la prassi della reiterazione dei decreti legge (sentenza 360/1996), così come l'attribuzione del potere di grazia (sentenza 200/2006, ma in seguito a un conflitto tra poteri: qui la Corte non esita a qualificare come «distorsiva» la prassi vigente).

³⁰³ Cfr. ad es. sentenze 35/1962 e 1/1966, rispettivamente sulle competenze amministrative del presidente della Repubblica e sull'obbligo di copertura delle leggi.

³⁰⁴ Cfr. sentenza 9/1959, dove la prassi parlamentare viene richiamata allo scopo di individuare l'ambito applicativo dell'art. 72 della Costituzione

³⁰⁵ Cfr. sentenza 423/2004.

Caso *sui generis*, infine, quello in cui le prassi politiche assumono la «forma di vere e proprie consuetudini costituzionali»³⁰⁶.

2.6 *I fatti amministrativi.*

I *fatti amministrativi*, si rivelano, restando nella prospettiva analitica offerta da Ainis, un'ottima cartina di tornasole per testare il grado di effettività di una legge, il suo grado d'applicazione (o di disapplicazione), le modalità con cui le disposizioni legislative funzionano in concreto,³⁰⁷ nonché per valutare la legittimità di un

³⁰⁶ Cfr. sentenza 129/1981, in tema di autonomia contabile delle Camere, ove si sottolinea, tra l'altro, come: «sotto il vigore dello Statuto albertino, per quanto risulta a questa Corte, non si è mai dubitato che i tesoriери della Real Casa e delle due Camere del Parlamento fossero esentati dalla giurisdizione contabile. Né quell'«antica prassi», alla quale accennano esplicitamente i decreti concernenti i tesoriери della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, è stata interrotta dall'instaurazione dell'ordinamento repubblicano: sia perché i soggetti che diversamente avrebbero dovuto presentare il conto non hanno ritenuto di essere obbligati a siffatti adempimenti; sia perché la Corte dei conti - con la sola eccezione d'una serie di note del 15 gennaio 1968, che peraltro non hanno avuto alcun seguito - non ha rivolto loro alcuna intimazione, riconoscendo in sostanza di non poter esercitare in questo campo la sua giurisdizione».

³⁰⁷ D'altronde la Corte lo aveva dichiarato a chiare lettere già nella sentenza 165/1963, sindacando una legge concernente gli atti esecutivi sopra beni stranieri, che a propria volta escludeva ogni ricorso contro il decreto ministeriale che dichiara la reciprocità e contro quello che rifiuta l'autorizzazione a procedere: non hanno alcun rilievo «la delicatezza e difficoltà dell'accertamento della reciprocità, trattandosi pur sempre di un accertamento di dati di

atto sindacato anche in considerazione del fatto che non potrebbero escludersi le ipotesi in cui la legge rimanga «orfana di ricadute pratiche, oppure che queste cessino nel tempo (configurando un fenomeno di desuetudine abrogativa), oppure ancora che un meccanismo di garanzia si riveli inefficiente per un deficit dell'amministrazione giudiziaria»³⁰⁸.

Si osserva, inoltre, come l'accertamento dei fatti amministrativi stimola l'uso dei poteri istruttori della Corte³⁰⁹

A proposito dei fatti amministrativi s'incrocia il campo - vastissimo - del *diritto vivente*, quando la Corte utilizza, spesso ai fini di una pronuncia interpretativa di rigetto, sugli orientamenti interpretativi prevalenti nella giurisprudenza o della pubblica amministrazione.³¹⁰

E va osservato inoltre come pure nella categoria in questione la Corte s'appoggi in qualche caso al criterio dell'*id quod plerumque accidit*³¹¹.

fatto e giuridici che non può essere sottratto al sindacato giurisdizionale».

³⁰⁸ M. AINIS, op. cit. p.13. L'Autore esemplificando, riporta la fattispecie decisa con sentenza 189/1987, circa la legittimità costituzionale del divieto di esporre bandiere estere senza autorizzazione: qui la circostanza che la minoranza slovena, esponendo la propria bandiera nazionale, intendesse aderire alle celebrazioni della Resistenza italiana, diventa elemento fondante della decisione, giacché dimostra l'insensatezza della norma penale incriminata.

³⁰⁹ Ciò si è verificato, ad esempio, attraverso l'ordinanza 267/1983 (mirante ad acquisire dati circa l'applicazione di una circolare sull'obiezione di coscienza).

³¹⁰ Un solo esempio, fra i molti che si potrebbero indicare: la sentenza 363/2007, resa «alla luce dell'indirizzo nettamente maggioritario della giurisprudenza di legittimità».

³¹¹ Cfr. sentenza 178/1984, dove si legge che «l'aver previsto che le deduzioni vengano richieste dagli aventi diritto nella

C'è infine un nutrito gruppo di pronunzie in cui la Corte trae elementi di valutazione dalla «prassi amministrativa»³¹².

Sono ben più numerose, tuttavia, le decisioni in cui la prassi amministrativa assurge a supporto interpretativo privilegiato, specie dinanzi a prassi di lungo periodo e d'incontrastata applicazione³¹³, ed anzi, spesso di per sé, argomento idoneo a fondare una decisione³¹⁴..

Anche in tale fattispecie, insomma, non manca di sottolineare l'Autore, che « i *fatti* entrano nel circuito del giudizio di legittimità costituzionale, ma senza un criterio univoco e coerente, senza – parrebbe – neppure

dichiarazione annuale, ovvero, se esonerati dall'obbligo della dichiarazione, con apposita denuncia all'ufficio delle imposte dirette, contribuisce indubbiamente, nell'*id quod plerumque accidit*, alla più spedita definizione del rapporto tra fisco e contribuente».

³¹² In alcuni casi per dichiararne l'illegittimità ovvero l'irrilevanza nel giudizio di legittimità costituzionale (quanto alle prime cfr. sentenze nn. 114/1963, 769/1988, 75/1991, in ordine alle seconde cfr. sentenze nn. 144/1972 e 238/2009). Ainis individua pure una classe di ipotesi in cui la prassi rileva per dichiararne la cedevolezza di fronte a interpretazioni difformi della magistratura, come nelle sentenze (sentenze nn. 177/1973, 86/1982 e 83/1996:«la prassi amministrativa non è tale, né nella forma di regolamenti esecutivi o di circolari, né, tanto meno, nella forma di singoli provvedimenti, da precludere al giudice una interpretazione diversa. Essa può valere soltanto come dato fattuale concorrente con i dati linguistici del testo normativo ad orientare l'interpretazione, sempreché si mantenga nei limiti consentiti dal dettato della legge e non trovi controindicazioni nella giurisprudenza».

³¹³ Cfr. sentenze nn. 8/1962, 117/1974, 108/1977, 278/1988, 439/1991, 6/1999, 350/2008, 71/2010.

³¹⁴ In tal senso la Corte, in una recente ordinanza ha statuito che «la scelta interpretativa del rimettente si pone in contrasto con la prassi amministrativa», cfr. ord. n.346/2006; di tenore analogo la sentenza 183/1991, per la quale, la prassi amministrativa offre «valido argomento interpretativo».

la consapevolezza da parte del giudice costituzionale del loro peso specifico»³¹⁵

2.7 I fatti normativi.

Come già messo in evidenza nella parte introduttiva del presente capitolo, quando parliamo di interposizione normativa, ci riferiamo in questa sede, stipulativamente, al caso in cui il parametro del giudizio di legittimità costituzionale viene integrato da norme prodotte da una fonte legale dell'ordinamento giuridico nazionale espressamente richiamata dalla disposizione costituzionale.

Per converso e sempre in via convenzionale, si possono considerare come casi di integrazione fattuale le ipotesi in cui il parametro viene a essere specificato da norme prodotte da fonti *extra ordinem* oppure da fonti legali dell'ordinamento non espressamente richiamate dalla disposizione costituzionale.

Quanto alla prima sottocategoria, vengono qui in particolare rilievo i casi in cui la Corte costituzionale valuta la legittimità costituzionale delle norme legislative oggetto della questione anche alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.)³¹⁶ o

³¹⁵ Cfr M. AINIS, op. ult. cit. p.14.

³¹⁶ Una dilatazione della tecnica dell'interposizione è stata effettuata in riferimento a questo parametro nella misura in cui la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 - sull'indennità espropriativa - ha affermato che La struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme

alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea approvata ai margini della conferenza intergovernativa di Nizza. Le norme comunitarie nei conflitti di attribuzione.³¹⁷

Quanto, invece, alla seconda sottocategoria, vengono particolarmente in rilievo: le leggi di interpretazione autentica³¹⁸; le leggi c.d. referendate; il c.d. *tertium*

costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione "fonti interposte", ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte (*ex plurimis*, sentenze n. 101 del 1989, n. 85 del 1990, n. 4 del 2000, n. 533 del 2002, n. 108 del 2005, n. 12 del 2006, n. 269 del 2007), ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato.

³¹⁷ Cfr. sentenza n.102/08 e la successiva ord. 103/08.

³¹⁸ Si vedano, ad esempio le recenti sentenze nn. 24 e 236 del 2009 ove, nello stabilire i criteri in base ai quali la legge di interpretazione autentica le (altre) leggi retroattive possano dirsi legittime, ha disposto che l'intervento legislativo successivo, volto a regolare situazioni pregresse sia stato esercitato a condizione che siano rispettati i «canoni costituzionali di ragionevolezza e i principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, anche al fine di assegnare a determinate disposizioni un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario».

comparationis; il decreto legge non convertito e reiterato.

SEZIONE II

1. Il controllo sui presupposti fattuali dei decreti legge.

L'articolo 77 della Costituzione pone quale condizione di legittimità dell'esercizio della funzione legislativa da parte del governo, l'esistenza di una legge di delega³¹⁹ delle Camere Parlamentari.

Solo in via provvisoria, pertanto, è ammessa l'adozione da parte del governo, sotto la sua responsabilità, di atti aventi forza di legge in mancanza di una legge delega, per fronteggiare *casì straordinari di necessità e urgenza*³²⁰.

³¹⁹ M. SCUDIERO, *Caratteri fondamentali della delegazione legislativa del Parlamento*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata*, n. s. 29, 1968.

³²⁰ G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, 116; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, 224; G. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Torino, 1973, 330; A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di Governo*, in *Pol. Dir.*, 1981, 331; A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000. In argomento si vedano anche A. CELOTTO, *La "storia infinita": ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge*, in *Giur. Cost.*, 2002, 133 ss.; R. CRISTIANO, *Il rafforzamento del ruolo della Corte come custode dei diritti nelle recenti sentenze sul decreto-legge*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, p.661-689; M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, 1499-1468. L'Autrice afferma che la Corte Costituzionale può sindacare se, nell'emanazione dei decreti-legge, siano rispettati o meno i presupposti costituzionali della necessità e urgenza, sovente pretermessi nella pratica, a ciò non ostando in alcun modo la asserita impossibilità di concludere il giudizio nel breve tempo di autonoma vigenza di provvedimenti governativi. A parte, di fatto, che non di impossibilità si tratta, ma solo di improbabilità, a conversione avvenuta il sindacato si trasferirà sulla relativa legge, in quanto converte un atto incostituzionale perché privo dei prescritti presupposti. La conversione, invero, non vale ad eliminare il vizio, poiché, sotto il profilo sostanziale, la legge ha, per il passato, solo la funzione di ratificare o convalidare gli effetti prodotti materialmente *medio tempore* delle norme governative: sicché, in luogo di una

Ci si trova dinnanzi ad una disposizione costituzionale che, già nella formulazione, implica un necessario riferimento alla *realtà fattuale*, qualificata dall'imprevedibilità e dalla eccezionalità della situazione oggetto di disciplina.

Nell'esperienza, i *fatti* che sono stati posti, di volta in volta, a base dei decreti legge, sono stati della più varia natura. Probabilmente, i Costituenti non avrebbero neppure potuto immaginare tale ricchezza di fattispecie quando positivizzarono la formula «casi straordinari di necessità e urgenza». Del resto, la prassi ha superato persino la fervida fantasia degli studiosi che hanno tentato di classificare i fatti suscettibili di fondare la sussistenza dei presupposti di costituzionalità.

Così, il decreto legge è stato utilizzato per fronteggiare non solo eventi naturali (come terremoti, frane, inondazioni)³²¹, crisi economiche (come speculazioni sui prezzi delle materie prime, crisi dei mercati finanziari, instabilità della moneta, punte inflazionistiche ecc.) e vuoti normativi (lacune del sistema normativo determinate da sentenze della Corte

impossibile sanatoria, si verifica piuttosto una trasmissione della incostituzionalità alla legge di conversione. Né il sindacato della Corte può dirsi inibito, d' altra parte, dalla addotta natura politica delle valutazioni da compiere, che si vorrebbero di esclusiva spettanza del Parlamento, sembrando indubitabile che i presupposti della necessità ed urgenza si pongano come limiti di legittimità alla adozione dei decreti legge. Il relativo potere del Governo essendo quindi un potere vincolato, in quanto determinato nel fine, il sindacato della Corte, che dovrà svolgersi nei consueti limiti del giudizio di ragionevolezza, ravviserà nel mancato rispetto dei presupposti un profilo del vizio di eccesso di potere legislativo, suscettibile, di invalidare tanto singole disposizioni, quanto l' intero atto. Nei confronti della legge di conversione, poi, l' illegittimità del decreto per vizio dei presupposti ridonderà sugli effetti di ratifica e di scarico di responsabilità, senza travolgere gli eventuali effetti di protrazione della disciplina recata dal provvedimento governativo, i quali costituiscono esplicitazione di un autonomo potere parlamentare.

³²¹ Solitamente, la manualistica riporta, infatti, come esempi di presupposti di fatto della decretazione di urgenza solo le calamità naturali, i vuoti normativi e le crisi economiche. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2001, p. 239.

costituzionale, scadenza del termine per il recepimento delle direttive comunitarie, abrogazione referendaria di norme, etc.), ma anche, a mero titolo di esempio³²²: per fronteggiare conflitti armati internazionali (solitamente per prevederne la copertura finanziaria ai sensi dell'art.81 cost. in assenza di provvedimenti autorizzativi del conflitto approvati dal Parlamento), per neutralizzare decisioni dei giudici di merito (es. caso Englaro, decreto legge antioscuramento reti Mediaset, cd. decreto di San Valentino sul sistema radiotelevisivo), per porre rimedio a gravi disservizi pubblici (es. emergenza rifiuti in Campania), per evitare la decadenza di norme introdotte con precedenti decreti legge non convertiti (ci si riferisce al ben noto fenomeno della reiterazione).

Questa estrema varietà dei casi di ricorso alla decretazione di urgenza ha portato a un vero e proprio «slabbramento» della categoria relativa ai presupposti oggettivi dell'atto, tanto da indurre autorevole dottrina a parlare di vero e proprio «abuso» del decreto legge³²³ e da spingere la Corte costituzionale a svolgere un

³²² Si consideri il decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 recante il titolo «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, censurano, tra queste, l'art. 2, comma 14.

³²³ A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, 1997; M. SCUDIERO, *Notazioni in tema di abuso del decreto legge e ruolo della Corte costituzionale*, in AA.VV, I decreti legge non convertiti. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 11.11.1994, Giuffrè, Milano 1996. Su questa giurisprudenza si veda l'esame complessivamente svolto da R. ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza costituzionale*, in AA. vv., *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, a cura di A. Simoncini, Macerata 2006, 110 ss.

rigoroso scrutinio sui requisiti di costituzionalità della fonte in questione.

In simili ipotesi, si verifica quella che abbiamo definito integrazione fattuale del parametro perché la disposizione costituzionale richiede alla Corte di verificare se sussista la *straordinaria necessità e urgenza* di ricorrere al decreto legge, alla luce dei *fatti* che il governo ha posto a base dell'atto, fino ad arrivare alla dichiarazione di incostituzionalità del decreto legge privo degli elementi fattuali richiesti.

In particolare, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare come i presupposti, sussistano unicamente nel caso in cui la *straordinaria necessità e urgenza* di adottare il decreto legge sia oggettiva, attuale, concreta ed effettiva e che, dunque, la sussistenza di tale requisito di costituzionalità non si può ravvisare nella sola convinzione politica del governo che sia straordinariamente necessario e urgente provvedere.

Emblematica, in tal senso, la ormai celebre sentenza n. 360 del 1996 in tema di reiterazione del decreto legge, ove la Corte afferma testualmente che: «I principi richiamati conducono, dunque, ad affermare l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di *nuovi (e sopravvenuti)* presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione.»³²⁴

³²⁴ Punto 5 considerato in diritto. Il corsivo utilizzato per l'espressione «nuovi e (sopravvenuti)» è di chi scrive.

La Corte costituzionale, ha affrontato anche in diverse altre occasioni il tema della sussistenza nel decreto impugnato, dei presupposti costituzionali della straordinaria necessità e urgenza e dei possibili limiti alla loro controllo in sede di giudizio di legittimità.

Come sopra accennato, va aggiunta la differenza tra l'opportunità di una scelta normativa in astratto, e la concreta urgenza e necessità di attuarla con una fonte straordinaria e derogatoria. In tal senso, è la stessa Corte a precisare come «l'utilizzazione del decreto legge – e l'assunzione di responsabilità che ne consegue per il governo secondo l'art. 77 Cost. – non può essere sostenuta dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta»³²⁵.

Ha rilevato Alfonso Celotto che «difatti, per un verso, non può non rilevarsi il (“mero”?) dato di fatto per cui ogniqualvolta la Corte abbia inteso tradurre quella “minaccia” in concreto controllo la conclusione del giudizio sia sempre stata invariabilmente nel senso dell'assoluzione del decreto-legge, anche laddove la condizione dell'evidente mancanza di necessità ed urgenza non sembrava così difficile da accertare. Dato di fatto che, forse, acquista maggior significatività, ove ad esso si associ la considerazione di una prassi della decretazione d'urgenza che, in questo lasso di tempo, non pare aver fatto, sotto il profilo in esame, considerevoli progressi, né sulla strada della

³²⁵ Sentenza 171/07. L' apodittica enunciazione è, di norma, contenuta nel preambolo. In senso contrario la Corte, nella sentenza 270 del 1996 aveva ritenuto infondate molte questioni di legittimità dei decreti legge, in quanto riteneva esclusa «una evidente mancanza dei requisiti della necessità ed urgenza, quale enucleata nella premessa del decreto-legge».

riacquisizione della virtù (costituzionale) perduta – come invece accaduto per la deprecata pratica della reiterazione, sostanzialmente abortita, com'è notissimo, sempre grazie ad un'analogo coraggiosa presa di posizione della Corte costituzionale – ma neppure sulla via di una sensibile riduzione dell'abuso.»³²⁶ Del resto, come nota lo stesso Autore, nel corso del dibattito che ha preceduto l'approvazione della legge di conversione del decreto, il tentativo di qualificare come “ordine pubblico e sicurezza pubblica” la materia oggetto della disciplina ex art. 7 era stato compiuto proprio al dichiarato fine di mostrare l'esistenza dei presupposti costituzionali, posto che tutte «le norme che attengono all'ordine e alla sicurezza pubblica sono infatti urgenti ed indifferibili» (v. l'intervento dell'on. Nania, in Senato della Repubblica, XIV Legisl., seduta del 22 aprile 2004, res. sten.)³²⁷.

Va rilevato, inoltre, che il giudice delle leggi, ha ripetutamente statuito che «eventuali vizi attinenti ai presupposti della decretazione d'urgenza devono ritenersi sanati in linea di principio dalla conversione in legge»³²⁸; «in linea di principio» perché solo «l'evidente mancanza di quei presupposti configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge quanto un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e,

³²⁶ Cfr. A. CELOTTO *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*, sul sito dell'Associazione Italiana Costituzionalisti.

³²⁷ *Ibidem*

³²⁸ Sentenze n. 29 e n. 16 del 2002, n. 398 del 1998 e n. 330 del 1996.

quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione»³²⁹.

Con la sentenza 171 del 2007³³⁰ - le cui considerazioni sul punto sono state ribadite dalla sentenza 128 del 2008 - quella distinzione «in linea di principio», viene sostanzialmente a cadere, nella misura in cui la Corte ritiene sempre sindacabile il vizio della evidente mancanza dei presupposti del decreto legge ma propone un controllo serrato delle ipotesi in cui possano dirsi, effettivamente violate le indicazioni dell'articolo 77 della Costituzione³³¹.

³²⁹ Sentenza n. 29 del 1995.

³³⁰ Tra i primi commentatori della sent. n. 171/2007, si segnalano le riflessioni di A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte Costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in rete su www.giurcost.org, il quale ritiene che «per far recuperare al decreto-legge il proprio ruolo naturale, eccezionale e derogatorio, non è certo sufficiente una decisione della Corte costituzionale, ma occorrono riforme costituzionali profonde (*in primis*, al bicameralismo perfetto), che incidano sulle cause che hanno portato ad approfittare del decreto-legge; R. DICKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*, in rete su www.federalismi.it;

³³¹ R. ROMBOLI, *La "mancanza" dei presupposti di necessità ed urgenza e la "evidente mancanza" degli stessi nel decreto legge: come un apparente portone può ridursi ad uno strettissimo pertugio*, in *Foro it.*, 2004, I, 3277 ss. Cfr. decisione della Corte Costituzionale, n. 178/04, con cui è stata ritenuta infondata la questione di legittimità sollevata in merito alla violazione dell'art. 77 Cost. per mancanza dei presupposti di necessità e urgenza nel d.l. 150/01, convertito con modificazioni in l. 240/01, del d.l. 126/02, e dell'art. 15 d.l. 147/03, convertito con modificazioni nella l. 200/03, nella parte in cui prevedevano il differimento dell'efficacia delle disposizioni processuali della l. 149/01 al momento dell'emanazione di un'esplicita disciplina sulla difesa d'ufficio nei procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità. Con la nota citata l'Autore, colloca la sentenza nel *filone* inaugurato con la sentenza n. 29/95, con la quale la Corte ha aperto la possibilità di sindacare la mancanza dei presupposti di necessità e urgenza anche dopo

Nella sentenza n.128/08 si legge come già affermato nel sopracitato precedente, «la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale mancanza di quel presupposto configura in primo luogo un vizio di illegittimità costituzionale del decreto-legge che risulti adottato al di fuori dell'ambito applicativo costituzionalmente previsto».

Quindi, il difetto dei presupposti, che in sede di scrutinio di costituzionalità deve pur sempre risultare evidente, una volta intervenuta la legge di conversione si traduce in un vizio *in procedendo* di quest'ultima, la quale non ha, perciò, efficacia sanante: diversamente, si attribuirebbe, in concreto, al legislatore ordinario «il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie»³³².

Interessante notare che la giurisprudenza non definisce in positivo cosa debba intendersi per “caso

l'avvenuta conversione del decreto in legge, negando quindi l'effetto sanante della legge di conversione. Tale apertura aveva creato grandi aspettative, presto tuttavia rivelatesi false, come dimostra anche la pronuncia in commento. La giurisprudenza costituzionale successiva finirà, infatti, per ribaltare quasi completamente le conclusioni cui si poteva giungere dopo la sentenza n. 29/1995. L'A. passa in rassegna la giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 29 cit. rilevando come, di fatto, nonostante molte siano state le questioni sollevate dinanzi alla Corte Costituzionale per supposta mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza, nessuna di queste è stata mai accolta.

³³² Sent.171/07 cit.

straordinario di necessità e urgenza”, ma in negativo³³³ e si serve non di rado di alcuni criteri indicatori come i lavori parlamentari, per escludere il suo sindacato nell’ipotesi di conversione in legge³³⁴, le giustificazioni contenute nel preambolo, la pertinenza delle singole disposizioni con il contesto normativo del decreto legge. Nell’ultimo caso, è stato notato che si tratta di un tipico esempio di quello, che con terminologia coniata proprio in relazione al fenomeno della decretazione d’urgenza, si definirebbe come un caso di “norma(tiva) intrusa”³³⁵.

Un esempio che si inserisce in quest’ordine di considerazioni è rinvenibile in relazione alla fattispecie concreta oggetto della sentenza della Corte costituzionale n.128 del 2008 ovvero la disposizione

³³³ In tema di colture geneticamente modificate, cfr. Corte cost. sentenza n.116 del 2006: in «può essere pacificamente escluso l’asserito manifesto difetto di una situazione di straordinaria necessità ed urgenza ai fini dell’adozione di un testo normativo che eliminasse o riducesse una situazione di evidente contrasto con il diritto comunitario, e consentisse di avviare, pur nel doveroso rispetto delle competenze regionali, un procedimento di attuazione del principio di coesistenza tra colture, con la celerità imposta dall’“imminente approvvigionamento delle sementi per la prossima campagna di semina”»

³³⁴ Si veda la sentenza n. 341 del 2003, in cui la Corte che non poteva certamente parlarsi di “evidente mancanza dei presupposti” di cui all’art. 77, comma secondo, Cost.: «dai lavori parlamentari, infatti, risulta come la questione abbia formato oggetto di un ampio dibattito e come, pur nella varietà delle opinioni sull’opportunità politica della norma, sia emersa la sua funzione di evitare l’ulteriore proliferare di un già imponente contenzioso innescato dal precedente intervento che, sulla legge del 1974, era stato operato (peraltro, con decreto-legge) e di evitare, altresì, agitazioni sindacali nel settore dell’autotrasporto. Esigenze, entrambe, astrattamente idonee a giustificare il ricorso alla decretazione d’urgenza e, quindi, a precludere ogni più penetrante sindacato di questa Corte; dal che l’infondatezza della censura.»

³³⁵ A. CELOTTO, *Il vizio di “evidente mancanza” ...op. ult. cit.*

relativa al teatro Petruzzelli. Infatti era palese che essa non attenesse all'esigenza, espressa nei lavori preparatori della legge, di concorrere alla manovra di finanza pubblica, tanto che, «quando si è tentato di giustificare in modo specifico la norma che dispone l'esproprio, si è dovuto riconoscere che la stessa è stata introdotta per risolvere una annosa vicenda e tutelare l'interesse ad una migliore fruizione del bene da parte della collettività», così ammettendo l'assenza di indispensabilità ed urgenza³³⁶: solo in determinate situazioni o per particolari materie l'intervento del legislatore può essere «attuato attraverso l'istituto della delega al Governo, caratterizzata da limiti oggettivi e temporali e dalla prescrizione di conformità a principi e criteri direttivi indicati nella legge di delegazione»,³³⁷ delega che, ai sensi dell'art. 77 Cost., deve rispondere al requisito della straordinarietà del caso di necessità ed urgenza, la cui sussistenza può costituire oggetto di scrutinio di costituzionalità.

La Corte è consapevole che l'esercizio di tale delicato compito «non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione [...], ma deve

³³⁶ In altre parole, ha affermato la Corte che la legge di conversione non sana in ogni caso i vizi del decreto. Questo significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie. Sulla natura sanante della legge del parlamento, quanto alla novazione della fonte, cfr. G. AZZARITI, *Le controversie sulla legittimità costituzionale degli atti con forza di legge*, in *Studi in onore di De Gregorio*, I, Città di Castello, 1955, 174; L. PALADIN, *La formazione delle leggi. Art. 77*, in G. Branca, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 84; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, 22 ss

³³⁷ Sent. Corte cost. n. 128/08, cit.

svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative»³³⁸, con la conseguenza di ritenere necessario che il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza risulti evidente.

2. Le leggi-provvedimento.

La legge provvedimento, secondo la ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, può essere considerata conforme alla Costituzione e in particolare al principio di eguaglianza, solo quando si riferisca a tutti i fatti concreti che presentano le medesime connotazioni; esauendo, così, la *ratio* del precetto giuridico contenuto nell'atto legislativo oggetto della questione³³⁹.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ Emblematica a tal proposito la sentenza n. 80 del 1969, c.d. sentenza Cozzo Disi, ove si legge :«Come questa Corte ha già ritenuto, il principio di eguaglianza, affermato come fondamentale in tale articolo, richiede che la legge singolare corrisponda a una obiettiva diversità della situazione considerata, rispetto a situazioni omogenee, la quale giustifichi razionalmente la disciplina differenziata per questa adottata. Occorre perciò che la *ratio* della legge si esaurisca nella fattispecie da essa disciplinata, e non si estenda a situazioni, concrete o ipotizzabili, le quali, pur presentando elementi comuni con essa, se ne diversifichino in modo da non rendere giustificabile l'applicazione ad esse della normativa disposta per il caso singolo. Ove queste condizioni non esistano, vale a dire ove la *ratio* della legge sia tale da coprire situazioni omogenee rispetto a quella singolarmente considerata, si avrà violazione del principio di eguaglianza, perché si determineranno ingiustificate condizioni di vantaggio o di svantaggio per i soggetti della situazione

Solitamente, peraltro, lo scrutinio di ragionevolezza sulle leggi provvedimento prescinde dalla considerazione di un *tertium comparationis*; rivolgendosi, piuttosto, al controllo della c.d. coerenza interna della legge, soprattutto mediante la verifica della congruenza dei mezzi predisposti rispetto al fine perseguito.

Ne discende che, nel caso delle leggi-provvedimento, i casi concreti ai quali si riferisce il precetto legislativo, vanno necessariamente a integrare il parametro del giudizio.

La Corte ha *in primis* rilevato la natura di legge-provvedimento della fonte censurata, «in quanto incide su un numero determinato e molto limitato di destinatari ed ha contenuto particolare e concreto»: a tal proposito, posto che non è preclusa al legislatore «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», tuttavia, tali leggi sono ammissibili solo entro limiti specifici, «quale quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso», e generali, in considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tal fatta.

Se è vero, come è vero, che uno Stato democratico, multiculturale³⁴⁰ e pluralista, deve tendere per sua natura ad adottare tutte quelle politiche sociali che consentano, sul piano dell'effettività, il soddisfacimento delle eterogenee istanze dei suoi cittadini e la completa

e del rapporto regolato dalla legge, in relazione ai soggetti della serie delle situazioni o dei rapporti che ne sono stati esclusi»

³⁴⁰ V. BALDINI, *La Costituzione italiana alla sfida del multiculturalismo*, in AA.VV. *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008.

realizzazione dei diritti fondamentali e sociali; diviene, di conseguenza plausibile attendersi che ciò si traduca, sul piano della legislazione, in una riduzione di formulazioni “anonime” valide per il “chiunque” delle fattispecie contenute nelle disposizioni codicistiche a vantaggio di una normazione particolare.

Una parte della dottrina ha, in effetti, giustificato l’adozione da parte del potere legislativo delle leggi-provvedimento argomentando a partire da tali considerazioni³⁴¹.

Si potrebbe andare in contrario avviso sostenendo che il Parlamento non è più il soggetto a cui spetta in via esclusiva e *normale* la produzione del diritto³⁴² e qualora questa prerogativa volesse continuare ad essere tenuta ferma, non potrebbe sottacersi come

³⁴¹ L’impostazione di fondo in C. MORTATI, op. cit.

³⁴² Dalla disamina dell’attività legislativa nel 2008, emerge che le leggi ordinarie diverse dalle 27 di conversione di decreti legge, dalle 36 di ratifica ed esecuzione di accordi, convenzioni, trattati o protocolli, dalle 4 leggi in materia di bilancio, e dall’unica delega disposta dalla Legge 25 febbraio 2008, n. 34 recante “Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’ appartenenza dell’ Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2007”), sono solo 5 (Legge 4 agosto 2008, n. 132, “Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere”; Legge 23 luglio 2008, n. 124 “Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato”; Legge 16 gennaio 2008, n. 16 “Modifica all’ articolo 32 della legge 3 febbraio 1963, n. 69. Introduzione dell’uso dell’elaboratore elettronico (*personal computer*) nello svolgimento della prova scritta dell’esame di idoneità professionale per l’accesso alla professione di giornalista”) di cui due a carattere provvedimentale (“Concessione di un contributo finanziario alla Delegazione generale palestinese per il funzionamento della sede in Italia”, legge 7 gennaio 2008, n. 14 e la legge 9 gennaio 2008, n. 2 “Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori”). L’indice delle leggi è sul sito www.parlamento.it

sostanzialmente l'attività parlamentare sia intrisa di *teloi* da perseguire, vincolata alla *primauté* del diritto europeo, comprensivo delle sentenze della Corte di Giustizia³⁴³ e delle norme della Cedu così come interpretate dai giudici di Strasburgo³⁴⁴, senza voler

³⁴³ Come è noto tale orientamento si è generato dalla sentenza della Consulta n. 113 del 1985 la quale ha incluso le statuizioni risultanti dalle decisioni interpretative della CGE nel novero del diritto comunitario immediatamente e direttamente applicabile, ritenendo conclusione corollario dalla «sistemazione che la sentenza n. 170 del 1984 ha dato ai rapporti tra diritto comunitario e legge nazionale» in *Giur. it.* 1986, I, 30 con nota di M. BELLOCCI *Sul nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*. Nello stesso senso cfr. Sentt. Corte Cost. nn. 389 del 1989, 132 del 1990. Sul valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia cfr. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Giur. cost.* 2000, pp. 1204 ss. Più in generale, per la tematica degli effetti propri delle sentenze di interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia si rimanda alla voce *Pregiudiziale comunitaria* di V. BRIGUGLIO, in *Enc. Giur.*, Roma 1997, spec. pp. 12-13.

³⁴⁴ Per quanto concerne il rispetto delle sentenze emesse dalla Corte di Strasburgo, non può non farsi cenno alla «sintonizzazione» tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento internazionale avvenuta grazie alle celeberrime decisioni della Consulta nn. 348 e 349 del 2007. Tuttavia, a testimonianza dell'idea che non sia sufficiente un intervento *ex post* di natura giuridica per assicurare l'effettività delle norme della CEDU (così come interpretate dalla Corte di Strasburgo) bensì occorra predisporre meccanismi interni, di natura politica, per assicurarne il rispetto in via preventiva, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha esplicitato le ragioni di tale inevitabilità nella *Relazione della Commissione Affari Legali dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE) sul rispetto delle sentenze emesse dalla CEDU*, del 15-09-2009, reperibile sul sito della rivista telematica www.federalismi.it, Anno VII - Nr. 18 - Sommario del 23/09/2009. Significativa la sezione III del rapporto sul ruolo dei Parlamenti nazionali in particolare i paragrafi c.) *Vérifier l'existence de mécanismes internes effectifs de mise en oeuvre des arrêts de la*

Cour de Strasbourg e d.) Vérifier la conformité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives aux normes fixées par la Convention. Si legge nel §c) Le Comité des Ministres estime qu'il est de la responsabilité des Parlements nationaux d'« établir des procédures appropriées pour veiller à ce que les modifications législatives qu'exigent les arrêts soient adoptées rapidement ». Cependant, l'influence des Parlements nationaux sur l'établissement de mécanismes effectifs de mise en oeuvre des arrêts de la Cour ne doit pas se limiter aux procédures législatives. Dans sa résolution 1516, l'Assemblée appelait les Etats membres « à créer, par des moyens législatifs ou autres, des mécanismes internes permettant l'exécution rapide des arrêts de la Cour, et à faire en sorte qu'un organe décisionnaire situé au plus haut niveau politique au sein du gouvernement puisse assumer la pleine responsabilité de tous les aspects du processus national de mise en oeuvre et puisse coordonner tous ces aspects ». Le contrôle parlementaire de l'existence de mécanismes internes effectifs facilitant l'exécution des arrêts de Strasbourg constitue un aspect important de la fonction de surveillance assumée par les Parlements.;

d) Les Parlements nationaux peuvent - et en effet, doivent - vérifier la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes de la Convention après un arrêt défavorable de la Cour. Le Comité des Ministres a recommandé aux Etats parties : 1). de veiller à ce qu'il existe des mécanismes adéquats et effectifs pour vérifier systématiquement la compatibilité des projets de loi avec la Convention à la lumière de la jurisprudence de la Cour ;2). de veiller à ce qu'il existe de tels mécanismes pour vérifier, lorsque cela s'avère nécessaire, la compatibilité des lois en vigueur et des pratiques administratives, telles qu'elles se manifestent notamment dans les règlements, décrets et circulaires.

Ciò in quanto la Corte di Strasburgo ha costantemente affermato che conformemente à l'objet et au but sous-jacents à la Convention, tels qu'is se dégagent de l'article 1 de celle-ci, chaque État contractant doit assurer dans son ordre juridique interne la jouissance des droits et libertés garantis» (Z et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 29392/95, paragraphe 103, ECHR 2001-V.) L'ampleur du problème auquel se heurte la Cour, concernant l'avalanche de requêtes déposées, souligne la nécessité de renforcer les mécanismes internes assurant le respect de la Convention telle qu'elle est interprétée par les Juges de Strasbourg. Un élément fondamental de la protection nationale des droits et libertés conventionnels tient à

includere gli ambiti materiali riservati alla legislazione regionale, laddove le modalità di adozione della legge regionale-provvedimento, da parte dei consigli appare uno degli indicatori più significativi per valutare la coerenza intrinseca dei rapporti tra la giunta e l'assemblea elettiva³⁴⁵.

l'exécution complète et rapide des arrêts de la CrEDH, ainsi qu'aux mesures de mise en oeuvre visant à la fois à réparer une violation individuelle et à prévenir la répétition de violations semblables.

³⁴⁵ Nella giurisprudenza precedente alla riforma del Titolo V, la Consulta con la sent. n.190 del 1986, aveva già avuto occasione di chiarire, con specifico riferimento all'attività legislativa della Regione siciliana, che non esiste, in linea generale, un divieto di leggi-provvedimento in quanto tali, occorrendo sempre procedere al controllo sostanziale sull'atto, sia pure con le peculiarità richieste dal suo specifico oggetto; più in particolare, si era affermato che, in base allo Statuto regionale siciliano, era da escludere la sussistenza di una riserva a favore della Giunta regionale (titolare delle funzioni esecutive ed amministrative) nei confronti delle stesse leggi-provvedimento adottate dall'Assemblea: riserva che avrebbe «irrigidito ingiustificatamente, solo per la Sicilia, la forma di governo delle Regioni». Nello stesso senso cfr. sent. n.63/95.

Circa l'inesistenza della riserva costituzionale di amministrazione in favore della Giunta regionale, basata sull'argomento che non appare configurabile alla luce della giurisprudenza della Corte - e non alla luce delle norme costituzionali che sarebbe prevista dall'art. 123 (*recte*: art. 121, terzo comma) in riferimento alle materie dell'art. 117 della Costituzione, sia nel testo risultante dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, sia nel testo previgente - si veda la sentenza della Corte n. 429/02.

La posizione attuale della Consulta in ambito di ripartizione delle competenze tra gli organi della regione, a partire dalla sentenza n. 313 del 2003, attribuisce allo statuto regionale la facoltà di decidere sulla spettanza del potere regolamentare, e opta per una lettura sincronica delle norme costituzionali relative alle disposizioni sulla forma di governo regionale e alla potestà regolamentare. Sul tema si veda P. CARETTI, *Potestà regolamentare e riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Stati, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità*, Torino 2003, p. 115 ss.; A. ROCCELLA, *I regolamenti regionali tra Consiglio e Giunta*, in *Dir. Amm.* 2002; B. CARAVITA DI TORITTO, *La*

Perché il legislatore, nazionale e regionale, insiste nel porre in essere leggi a contenuto provvedimentale mentre l'attività di produzione del diritto legislativo in senso stretto si riduce a favore della normazione – primaria e secondaria – dell'esecutivo; mentre i giudici comuni disapplicano le disposizioni interne sempre più spesso contrastanti con il diritto europeo; mentre la Consulta dichiara l'incostituzionalità legge 23 luglio 2008 n. 124 (cd. Lodo Alfano)³⁴⁶?

La difficoltà di trovare giustificazioni alternative alla progressiva trasformazione del Parlamento in un'entità *diversa* da quella originariamente disegnata dalla Costituzione³⁴⁷ - non più dedita alla formazione di leggi strutturali, portanti, dell'ordinamento e che, tuttavia, concepisce come un'attribuzione propria e *normale* la produzione legislativa di carattere provvedimentale - genera l'esigenza di ripercorrere le tappe principali dell'evoluzione di quello che potrebbe sembrare un argomento “esaurito” nel panorama teorico, provata

Corte costituzionale e l'allocazione della potestà regolamentare regionale, in www.federalismi.it.

³⁴⁶ Corte Costituzionale (sent. n. 262/09) sulla legge 23 luglio 2008, n. 124 (c.d. “Lodo Alfano”) con la quale, giudicando sulle questioni di legittimità costituzionale poste con le ordinanze n. 397/08 e n. 398/08 del Tribunale di Milano e n. 9/09 del GIP del Tribunale di Roma ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 per violazione degli articoli 3 e 138 della Costituzione e ha, altresì, dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della stessa disposizione proposte dal GIP del Tribunale di Roma, in www.cortecostituzionale.it.

³⁴⁷ Sulle attività non legislative del Parlamento, specialmente con riferimento agli strumenti di dialogo tra la maggioranza e l'opposizione offerti dalla Costituzione, dai regolamenti interni e dalle leggi, si veda il volume a cura di R. DICKMANN e S. STAIANO, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo: l'esperienza dell'Italia*, Giuffrè, Milano 2008.

dall'intento di dimostrare che, nell'attuale sistema costituzionale, o si ritaglia uno spazio per la riserva di provvedimento³⁴⁸, che resta comunque una forma *s drammatizzata* di riserva di amministrazione, o si adottano delle cautele: innanzitutto, si dovrebbe abbandonare l'idea che il controllo sulla ragionevolezza e sulla non manifesta arbitrarietà rappresenti una *garanzia oggettiva*³⁴⁹; in secondo luogo, si dovrebbe cominciare a prendere in considerazione, come già accennato, l'eventualità di accostare logiche di tipo deliberativo e processi inclusivi nel procedimento di formazione delle leggi.

Con queste affermazioni, certamente, non si mettono in discussione i processi dialogici e di sintesi tra la maggioranza e le opposizioni, di contrattazione effettiva della legge con le parti sociali (sindacati, associazioni, federazioni, e anche *lobbies*³⁵⁰ ecc.), che trovano ampio riconoscimento³⁵¹ sia nei regolamenti parlamentari, sia

³⁴⁸ R. DICKMANN, op. cit.

³⁴⁹ Come già Paladin ebbe a sostenere nelle conclusioni dello scritto del 1969 «Ma, allora, quali mezzi rimangono utilizzabili, affinché la Corte possa limitare il diffondersi dei provvedimenti legislativi e salvaguardare così la compattezza dell'ordinamento giuridico? Rimane il comune controllo sulla ragionevolezza e sulla non manifesta arbitrarietà [...] Ma questo controllo – per grande che sia la saggezza dei giudici- rappresenta solo una remora e non un'oggettiva garanzia». cit. *La legge come norma*, pp. 896-897.

³⁵⁰ Recente sul tema delle *lobbies*, è il saggio di M. FOTIA, *Le lobby in Italia. Gruppi di pressione e potere*, Dedalo 2002; P. TRUPIA, *La democrazia degli interessi: lobby e decisione collettiva*, ed. Il sole-24 ore libri, Milano 1989; G. PASQUINO, *Istituzioni, partiti, lobbies*, Laterza, Bari 1988.

³⁵¹ Per un'attenta riflessione sul compito delle opposizioni parlamentari si rinvia allo scritto di F. PASTORE, *Il ruolo delle opposizioni parlamentari nella costituzione degli organi di garanzia*, in *La garanzia delle opposizioni parlamentari nella democrazia*

in sedi differenti; né si critica la assenza di *trasparenza* in Assemblea che, tuttavia, è di per sé insufficiente a garantire la partecipazione del destinatario della legge-provvedimento al procedimento stesso di formazione dell'iter formativo della legge per un duplice ordine di ragioni: il primo riguarda la sede della deliberazione diversa dall'Assemblea ovvero la Commissione, dove non operano i medesimi strumenti volti a garantire la pubblicità dei lavori (e resta da aggiungere che se la determinazione provvedimento fosse contenuta in un decreto-legge o in un decreto legislativo resterebbero le sedi parlamentari i luoghi del dibattito); il secondo concerne le sedute audiovisive, i resoconti stenografici, la pubblicazione su internet³⁵² dei materiali che

maggioritaria, a cura di V. Baldini, Satura Editrice, Napoli, marzo 2006, pp.71-110.

Sembra opportuno, tuttavia, rimarcare che l'art.80 del regolamento della Camera dei Deputati esclude dal voto deliberativo l'autore di una proposta di legge che non faccia parte della Commissione incaricata di esaminarla, il quale deve essere avvertito della convocazione della Commissione, affinché possa partecipare alle sue sedute ma *senza voto deliberativo*.

³⁵² In effetti, non è soltanto un problema di *pubblicità*, quanto, piuttosto, la necessità che ad essa consegua una fase *effettivamente* interlocutoria.

Pertanto, la «via maestra» non sembra tracciabile nella proposta di modificazione ai Regolamenti che si muovono in tale direzione. Recente la proposta di modificazione al Regolamento della Camera (*articoli 24, 26, 63, 65, 65-bis, 68, 73, 108, 109, 125, 127-bis, 129, 137, 145 e 147: modifica della disciplina in materia di stampa e diffusione degli atti parlamentari*) avanzata dall'on. Madia nel luglio 2008, nella cui relazione introduttiva si rinviene, quale obiettivo generale «il passaggio dalla forma stampata all'esclusiva pubblicazione in formato elettronico sul sito *internet* della Camera dei Deputati di gran parte degli atti parlamentari, per i quali oggi il Regolamento, o la prassi applicativa, prevedono la forma stampata e la relativa diffusione. Il passaggio alla forma elettronica - come strumento di gran lunga principale di diffusione - viene previsto per

contribuiscono a ingenerare, nel destinatario della legge-provvedimento, un frustrante “effetto acquario”.

Ciò che preme evidenziare, ai fini della struttura complessiva del lavoro, è l'esistenza di uno spazio sottratto al legislatore ordinario, suscettibile di ricomprendere di una serie di ipotesi che, in virtù del loro peculiare legame con la forza normativa del *fatto* particolare o caso concreto³⁵³ - riferibile a soggetti determinati o comunque ad un numero molto esiguo di essi - possano, con buona approssimazione, essere analiticamente e logicamente disciplinati da un provvedimento amministrativo, non sembra integrare gli estremi di un “furto”, specialmente qualora un valido supporto alle tesi in oggetto possa essere

tutti gli atti parlamentari di documentazione dei lavori non essenziali ai fini del processo legislativo, mentre la forma stampata viene mantenuta per tutti i progetti di legge che svolgono il proprio *iter* nelle Commissioni permanenti e in Assemblea. Si tratta di un indirizzo generale, volto soprattutto ad avviare, pur nella consapevolezza della necessità di mantenere uno *stock* minimo di produzione documentale cartacea (anche in considerazione delle modalità di lavoro, spesso concitate e intense, degli organi parlamentari), un processo virtuoso di innovazione e modernizzazione del nostro modo di lavorare e di utilizzare, come accade nella gran parte degli ambienti di lavoro e delle professioni, le moderne tecnologie.»

³⁵³ Emerge, così, un altro aspetto saliente delle leggi-provvedimento, riguardante la loro interpretazione. Va osservata l'importante distinzione concettuale tra *fatti* e *casi*, messa in luce in un recente testo di G. Zagrebelsky, che consegue alla insuperabilità logica delle legge di Hume. Tuttavia l'Autore sottolinea come «nel campo del diritto non si abbia a che fare con “meri fatti” [...] ma con «fatti umani», comprensibili in tutt'altro modo, cioè secondo *categorie di senso e di valore*. I fatti umani, intesi nel loro senso e nel loro valore, forniscono all'interprete del diritto i «casi» da regolare giuridicamente e questi casi [...], sono densi di aspettative per il diritto». G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, pp.186-187.

conferito dalla lettura delle recenti decisioni della Consulta, formalmente, per il momento, ancorate al rispetto del principio di ragionevolezza, non arbitrarietà³⁵⁴.

3. Un caso particolare: i principi di tassatività e materialità della legge penale.

Come è noto la Corte costituzionale ha avuto un ruolo centrale nel conciliare le disposizioni contenute nel codice penale attualmente in vigore, risalente al 1930 - periodo storicamente infelice per la garanzia dei diritti

³⁵⁴ Si tratta delle sentenze della Corte costituzionale n. 143/89, n. 346/91, n. 492/95, quest'ultima con nota di F. RIGANO, *Scrutinio stretto di ragionevolezza sulle leggi provvedimento e riserva di amministrazione*, in *Le Regioni* 1996, pp.521-529.

Inoltre, nelle parole di saluto del Presidente della Consulta Amirante al neoeletto giudice Paolo Grossi: «il problema dei limiti del controllo di costituzionalità sulle scelte legislative, risolto dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, che regola la costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale, secondo cui *“Il controllo di legittimità della Corte ... su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni controllo sull'uso del potere discrezionale del Parlamento”*. Peraltro l'esercizio di tale potere incontra pur sempre i limiti derivanti dalla Costituzione, e fra essi quello della ragionevolezza; e naturalmente il confine tra controllo di ragionevolezza e rispetto della libertà del legislatore non è facilmente determinabile *a priori* ed esige una grande prudenza.» in www.cortecostituzionale.it. Il discorso non potrebbe prescindere da un approfondimento sul tema delle tecniche di controllo di cui la Corte costituzione dispone per entrare nelle scelte legislative ma, non essendo questa la sede per farlo, si rinvia a F. PASTORE, *Politiche legislative e scrutinio di coerenza*, in *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero - S. Staiano, Jovene, Napoli, 1999, pp. 179-200.

di libertà degli individui - la forma di stato costituzionale di diritto³⁵⁵.

Tra i corollari del principio di legalità in materia penale, la dottrina è solita individuare il cd. principio di tassatività (determinatezza), complementare al principio costituzionale della riserva di legge e a quello di irretroattività, concorrendo al pari del principio di materialità, all'esatta delimitazione della fattispecie penale: per l'effetto del principio in esame il legislatore ha l'obbligo di delineare con sufficiente precisione la norma penale sì da consentire a tutti i consociati di avere una percezione chiara e precisa del contesto normativo.

Un'accezione del principio di tassatività nella sua dimensione costituzionale, viene individuato in rapporto alla verificabilità empirica del fatto da cui la fattispecie penale incriminatrice trae origine: l'art. 25 della costituzione fa espresso richiamo al divieto di essere sottoposti a sanzione penale per un *fatto* che non costituisca reato.

Tuttavia nella giurisprudenza costituzionale è possibile rinvenire tre tipi di pronunce sul punto: sentenze di rigetto, in cui si afferma la legittimità della norma stante la facoltà del legislatore di ricorrere a descrizioni sommarie o ad espressioni meramente indicative (188/75); sentenze di rigetto in cui si afferma la legittimità della norma facendo rinvio al diritto vivente ovvero all'interpretazione conforme al principio

³⁵⁵ In argomento si v. L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 981, ove si evidenzia come in ambito penale, le esigenze di «ordine, coerenza logica e rigore scientifico» degli interventi legislativi, siano particolarmente pressanti.

di tassatività (11/89); e sentenze interpretative di rigetto in cui è la stessa Corte a imporre l'interpretazione conforme (15/73).

Solo a partire dagli anni '80 si sono registrate pronunce di accoglimento in cui è stato posto in rilievo il principio di tassatività. Viene in questione, innanzitutto la fondamentale e celeberrima sentenza di illegittimità del reato di plagio, le decisioni in base alle quali la tassatività non si esaurisce nella mera formulazione linguistica della fattispecie³⁵⁶ in sui cd. reati di pericolo³⁵⁷.

Emblematicamente, si può ricordare la sent. 96/1981, che dichiara l'illegittimità del reato di plagio, fattispecie connotata dall'imprecisione e dall'indeterminatezza e dall'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale, pertanto suscettibile dei risvolti più arbitrarietà in sede di concreta applicazione.

La Corte, è noto, usò una metafora per il reato di plagio, considerandolo una «mina vagante» all'interno dell'ordinamento, potendo essere applicata a qualsiasi fatto che avesse implicato una soggezione di dipendenza

³⁵⁶ Sent. 247/89, in materia di frode fiscale e la 282/90 in tema di prevenzione degli incendi.

³⁵⁷ Analoga considerazione non può essere svolta sulla giurisprudenza in tema di reati di pericolo in rapporto al principio di offensività. Il dato scientifico, qui viene in rilievo maggiormente ai fini del rigetto della questione. A conferma di questa ricostruzione, si richiama la sent. 114/1998, in cui viene ricostruita la ragionevolezza della distinzione tra abitudine e cronica intossicazione da alcol e da sostanze stupefacenti, superando l'incoerenza con il dato scientifico relativo alle due fattispecie. In tema di sostanze stupefacenti, sicché la sentenza n. 14 del 1971 della Corte costituzionale, che ha negato «il contrasto dell'art. 707 cod. pen. con il principio di materialità del reato», qualificando il possesso come conseguenza di una condotta presupposta, si fonderebbe su una argomentazione «apodittica ed opinabile», orientamento ribadito, *ex plurimis*, nella sentenza 265/05.

psichica di un individuo rispetto ad un altro soprattutto alla luce del fatto che, sarebbe mancato qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità: l'inesistenza di solide basi scientifiche della fattispecie delittuosa³⁵⁸.

Dall'estrema difficoltà nel determinare in cosa potesse consistere il «totale stato di soggezione» elemento oggettivo di cui all'art. 603 c.p. discendeva, in concreto, l'impossibilità di disporre di possibili mezzi di un suo accertamento in giudizio³⁵⁹ il fenomeno ipotizzato dal legislatore sia effettivamente accertabile dall'interprete in base a criteri razionalmente ammissibili allo stato della scienza e dell'esperienza attuale³⁶⁰.

Riflessioni conclusive

Ex facto non oritur jus, ovvero: la norma nasce solo dalla norma; non esiste alcuna *circolarità* tra fatti e diritto. Questa, sarebbe molto probabilmente la critica dogmatica - e forse un po' stizzita - di un giuspositivista *d'antan* alla pretesa di sostenere la tesi dell'esistenza di una categoria giuridica relativa alla *integrazione fattuale del parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*.

Ma, in contrario avviso e a conclusione della ricerca condotta, sembra si possa affermare con una certa tranquillità - soprattutto alla luce della giurisprudenza costituzionale richiamata e delle riflessioni svolte dalla più autorevole dottrina

³⁵⁸ Cfr. sent. 96/81 punto 16 del considerato in diritto.

³⁵⁹ Punto 13 del considerato in diritto, è volto a ricostruire la posizione della scienza medica in ordine alla configurabilità, in termini clinici, di una soggezione psichica penalmente rilevante.

³⁶⁰ Sotto diverso profilo ma sempre con riferimento al "primato" della scienza cfr. sent. 170/1982, ove si legge che «è riservata al potere discrezionale del legislatore la valutazione della nocività delle droghe, valutazione i cui risultati non sono sindacabili da questa Corte, a meno che non ne sia evidente l'arbitrarietà».

costituzionalistica - che c'è un inevitabile ed evidente rilievo del fatto nella integrazione, oltre che nella interpretazione e nella applicazione delle norme costituzionali.

Le disposizioni costituzionali, infatti, a cagione della estrema elasticità che le caratterizza, favoriscono una costante interrelazione tra fatto e diritto, necessaria ad assicurare una sufficiente determinazione delle norme costituzionali e, quindi, la loro effettività.

Del resto, paradossalmente, è proprio il ricorso all'integrazione fattuale del parametro costituzionale - operazione giuridica che per un giuspositivista appare difficilmente accettabile - a consentire una interpretazione e applicazione delle norme costituzionali da parte della Corte costituzionale secondo moduli logico-argomentativi di tipo giurisdizionale.

Dunque, se si vuole evitare che il Giudice delle leggi svolga il controllo di legittimità costituzionale seguendo logiche di tipo politico - cosa altrettanto inaccettabile in un'ottica *giuspositivistica* - si deve ammettere l'utilizzo di elementi fattuali nella determinazione del parametro del giudizio.

La indicata *circolarità* tra fatti e diritto costituzionale, d'altro canto, consente altresì alla Costituzione di mantenersi viva, preservando la sua positività. Se questo circuito virtuoso venisse meno, si rischierebbe una perdita della dimensione storica ed evolutiva dei precetti costituzionali, che finirebbero per non rispondere più ai bisogni e alle convinzioni della comunità.

Ragionando diversamente, si dovrebbe ritenere che una Costituzione mantenga inalterato il suo significato normativo anche a distanza di decenni o di secoli, indifferente allo scorrere degli eventi: agli sviluppi scientifici e tecnologici, ai mutamenti sociali e culturali, alle contingenze economiche, ai cambiamenti degli scenari politici internazionali.

Né vale appellarsi alle teorie ermeneutiche per attribuire rilievo ai fatti esclusivamente a fini interpretativi; poiché - come si ritiene di avere

sufficientemente evidenziato, richiamando una copiosa giurisprudenza costituzionale - il rilievo del fatto nella determinazione del parametro del giudizio, travalica spesso il momento della interpretazione, per assumere pienamente la dimensione di elemento integrativo del parametro.

Bibliografia

AA.VV., *La Costituzione della Repubblica* nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Roma, 1970, Vol. I e II;

AA.VV., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di C. Mortati, Giuffrè Milano, 1964;

AA.VV., *La dottrina del precedente nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Treves G., Torino, 1971;

AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno di Trieste 26-28 maggio 1986*, Giuffrè, Milano 1988;

AA.VV., *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta 15-16 ottobre 1990*, Giuffrè, Milano, 1991;

AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano 1994;

AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Giappichelli, Torino 1994;

AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale: atti del Convegno Imperia, 12-13 maggio 1995, a cura di Pasquale Costanzo, Giappichelli, Torino 1996;*

AA.VV., *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero, Jovene, Napoli 1999.

AA.VV., *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di Ruggeri A. e Silvestri G., Giuffrè, Milano 2000;

AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, a cura di P. Barile- E. Cheli- Grassi, Bologna 1982;

AA.VV., *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, a cura di A. Spadaro, Torino 2000;

AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, a cura di Pitruzzella G., Teresi F. e Verde G., Giappichelli, Torino 2000;

AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre - A. Spadaro, Giappichelli, Torino 2002;

AA.VV. *Il Giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Torino, 2002.

AA.VV., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica, (Amicus curiae)*, Giappichelli, Torino, 2003, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, Paolo Veronesi

AA.VV., *Alla ricerca del «diritto ragionevole». Esperienze giuridiche a confronto*, a cura di S. Pajno e G. Verde Giappichelli, Torino 2004.

AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. - Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004*, a cura di D'Aloia A., Giappichelli, Torino 2005;

AA.VV., *Diritto Comunitario e diritto interno, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2008;

AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi, Giappichelli, Torino 2008

ABBAMONTE G., *Il processo costituzionale italiano*, Napoli I, 1957;

AINIS M., *La motivazione in fatto della sentenza costituzionale* in AA.VV., *La motivazione*, op. cit. pp. 165 ss.;

AINIS M., *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori*, op.cit.;

M. AINIS, dal titolo *Sul rilievo dei fatti nel giudizio di legittimità costituzionale*, nel numero 02/07/10 della Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

ALEXY R., *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), trad. it. a cura di F. Fiore *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997;

ALEXY R., *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. (a cura di) M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998;

ALEXY R., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, op. cit.;

ALEXY R., in *Ragionevolezza nel Diritto costituzionale .Otto osservazioni sulla discussione*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, op. cit.;

AMOROSO G., *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995, in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta" fase?*, in *Foro it.*, V, 1996;

- A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul “caso Di Bella”*, in *Giur cost.*, 1998, 1529 ss.
- ATIENZA M., *Las razones del derecho. Teorias de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997;
- BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. Cost.* 1973, 1497 ss.;
- BALDASSARRE A., *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 30 Maggio 2007;
- BARILE P., *La costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951;
- A. BARONE *Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi*, in *Foro it.* 1996, pp. 783-794
- S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. Cost.* 1983.
- BARTOLE S., *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza*;
- BARTOLE S., *Certezza del diritto e ragionevolezza della decisione nella teoria dell’argomentazione contemporanea*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*;

- S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004;
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano 1971, 2°ed cit. p. 164;
- BIFULCO R., *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Bioetica*, 3, pp. 443-478
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992;
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano 1988;
- BIN R., *La Corte e la Scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, op. cit. pp.;
- R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino 2008
- BOBBIO N., *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970,
- BRANCA G., *La collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova 1970;
- BRUNELLI G. - PUGIOTTO A., *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle*

- decisioni della Corte*, in AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, op. cit. pp. 245-269;
- CALAMANDREI P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (1950), in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968;
- CAMERLEGO Q., *I Fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002;
- CAPOGRASSI G. *Studi sull'esperienza giuridica*, rist. in G. Capograssi, *Opere*, II, Giuffrè, Milano 1959, pp. 209-373;
- CAPOGRASSI G. *Giudizio, processo, scienza, verità*, rist. in G. Capograssi, *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 51-76;
- CAPPELLETTI M., *La pregiudizialità nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1957, cit. p.116;
- CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968;
- CARTABIA M., *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*. In *Giur. cost.* 1993, pp. 2044-2055;
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano 1995;
- CARNEVALE P., CELOTTO A., *Il parametro eventuale: riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del*

parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi, Giappichelli, Torino 1998;

CELOTTO A., *Un “suggerimento” alle regioni per tutelare le proprie competenze nell’attuazione del diritto comunitario*, in *Giur. It.*, I, 1997, pp. 377 ss.;

CELOTTO A., *Le “modalità” di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli 2000, pp. 437;

CELOTTO A., *La “storia infinita” ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto legge*, in *Giur. Cost.* 1/2002 pp.133 ss.;

CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi delle leggi e nei conflitti*, in *Giur. Cost.* 1978, 1335;

CERRI A., *Differenze di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1977, 885 ss.

CERRI A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giuridica*, XXV, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma 1994, pp. 1-27;

CERRI A., *I modi argomentativi del sindacato di ragionevolezza delle leggi con particolare riguardo alla giurisprudenza americana e tedesca*; in *Voce Ragionevolezza delle leggi*, op. cit. p. 6;

CERRI A., *Le problematiche ragioni del controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2004, fasc.143-144, pp. 7-28.

CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2007,

CERRI A., *Sindacato di costituzionalità (ordinamento italiano)*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma 1992;

CERVATI A., *Tipi di sentenze e tipi di motivazione nel giudizio di incidentalità costituzionale delle leggi*, in AA.VV. *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit. pp. 125 ss. e 152 ss.;

CHELI E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna 1996, cit. p. 12;

CHIAVARIO M., *Ordinanze interlocutorie della Corte* in *Scritti Crisafulli*, CEDAM, Padova 1985;

CIARLO P. *La legge sulla Presidenza del Consiglio e l'evoluzione della forma di governo*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 312 ss

CRISAFULLI V. , *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Ius*, I, 1940, pp. 193-214.

CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, Milano 1952;

CRISAFULLI V. , *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958, IV, p. 273 ss;

CRISAFULLI V., *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, 1976, ora in ID., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè 1985;

CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir*, XIII, Giuffrè, Milano 1964;

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale* sesta edizione aggiornata a cura di F. Crisafulli, II *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*. Cedam, Verona 1993;

D'ALOIA A., *Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive. Uno sguardo all'esperienza italiana*, in CALIFANO L. (a cura di), *Donne, politica e processi decisionali*, Giappichelli, Torino, 2004

D'ALOIA A., *Le "quote" elettorali in favore delle donne: il "nuovo" contesto costituzionale e il "precedente" n. 422 del 1995*, in AA.Vv, *La parità dei sessi, op.cit*

D'ALOIA A., *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, in AA.VV. *Bio-tecnologie e valori*, op. cit.;

D'ALOIA A., *I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura, in diritti e costituzione*.

D'ALOIA A., *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo*, in AA.VV a cura di M. Scudiero, *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, op. cit. p. 884 ss.

D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV. *Il Giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002. p. 431;

D'AMICO G., *I dubbi della scienza al vaglio della corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in AA.VV., *Biotecnologie e valori*, cit. pp.445 ss;

D'ANDREA L., *Il progetto di riforma tra Costituzione-atto e Costituzione-processo*, in AA.VV. *La riforma costituzionale*, CEDAM, Padova 1999;

L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005, già in *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, ed. provv., Giuffrè, Milano 2000

D’ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale – Ideologia politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Giuffrè, Milano, 1981

DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Il Giudizio*, op. cit. pp. 145 ss.;

DAL CANTO F., *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 2003;

DE MURO G., *La soggezione del giudice alla legge e vincolatività per i giudici comuni delle sentenze “normative” della Corte costituzionale*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di P. Ciarlo-G.Pitruzzella-R. Tarchi, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 121-127;

V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970.

DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Franco Angeli, Milano 2008.

DONATI F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995;

DWORKIN R. , *Taking Rights Seriously*, London 1977;

DWORKIN R., *Taking rights seriously* (1977), trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino 1982;

- DWORKIN R., *Law's Empire*, 1986; trad. it. *L'impero del diritto* a cura di L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano 1989;
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli editore, Milano 1982;
- DOGLIANI M., *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars Interpretandi*, 2, 1997, pp. 103-136;
- ELIA L., *La Giustizia costituzionale nel 1982*, in *Giur. Cost.* 1983, I, p. 694;
- ELIA L., *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in *Quad. Cost.*, 1984;
- ENGLISH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. di A. Baratta e di F. Giuffrida Repaci, Giuffrè, Milano 1970, pp. 92- 130, 147;
- ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, ora in ID. *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova 1954, pp. 273 ss.;
- ESSER J. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, II ed., Frankfurt a M. 1972, cit. p. 101; trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, a cura di S. Patti e G. Zaccaria, Esi, Napoli 1983;
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2001;

- FARIAS D., *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 1981;
- H.G. GADAMER, *Ermeneutica*, in *Enciclopedia del Novecento*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 1977, p. 738;
- H.G. GADAMER, *Verità e Metodo 2* trad. it. a cura di R. Dottori, Bompiani, Milano 1996;
- H. G. GADAMER, traduzione del libro VI dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele, cit. p. 316;
- GIANFORMAGGIO L., *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. Scarpelli (a cura di) *La teoria generale del diritto. Modelli e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano 1983, pp. 131- 152, a spec. cit. pp. 139,143, 147, 150-151.
- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*. In *Riv. inter.di filosofia del diritto*, 1985;
- GREY T.C., *Do we have an unwritten constitution?* In *Stanford law Review*, 2004-2005;
- GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1997;
- GROSSI P., *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 83, 2006, pp. 13-40;

GROSSI P., *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento*, in *Ricordo di Enrico Opocher*, a cura di G. Zaccaria, CEDAM, Padova 2006, pp. 15-35;

GUASTINI R., *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992²

GUASTINI R., *Revisione Costituzionale: problemi di forma e di sostanza*, in "Ragion Pratica" 3, 1994, pp.245-255;

GUASTINI R., Specificità dell'interpretazione costituzionale, in *Analisi e Diritto*, 1996;

HÄBERLE P., *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in «JZ» 1975, p. 297 ss.;

P. HÄBERLE, *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*, relazione svolta nell'ambito della Giornata di studio sul *Ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*, Palazzo della Consulta, Salone Belvedere 30 maggio 2003, relazione rinvenibile anche all'indirizzo web www.cortecostituzionale.it.

HABERMAS J., *Faktizität und Geltung* (1992), trad. it. *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* a cura di L. Ceppa Guerini, Milano 1996;

HART. H., *The concept of law*, trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965;

- H. HELLER, *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, (scritti tra il 1926 e il 1929) trad. it. a cura di P. Pasquino, Giuffrè, Milano 1987
- HRUSCHKA J., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Il Mulino 2009.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, Wien 1960°, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1961.
- H. KELSEN, *Le garantie jurisdictionnelle de la Constitution*, , in *Rev. Dr. Publ. Et sc. Pol.*, 1928, pp. 197 ss.
- C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, Giuffrè, Milano 1957
- LAVAGNA C., *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza (1955)*, in Id., *Ricerche sul Sistema normativo*, Milano 1984 p. 230;
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova 1973;
- LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV. *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988;

- LUCIANI M., *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in AA.VV. *Il principio*;
- MALFATTI E., *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino 1999;
- T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957.
- MARTINES T., *Motivazione delle sentenze costituzionali e crisi della certezza del diritto*, in AA.VV., *La motivazione*;
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2007;
- I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1309 ss.
- MENGGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano 1996;
- MERKL A., *Prolegomena einer Theorie des Rechtlichen Stufenbaues* (1931), trad. it. *Prolegomeni a una teoria della costruzione a gradi del diritto*, in *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano 1987;
- MIDIRI M., *Sull'autonomia organizzativa degli organi costituzionali: la prassi recente*, in *Dir. soc.* 3/2000, pp.1 ss.;

MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, vol. I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*. Giuffrè, Milano 1970

MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV. *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Il Mulino, Bologna 1982.

MODUGNO F., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, n. 186, n.8 Luglio 2005;

F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova 2009;

C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè 1940.

C. MORTATI, *La Costituzione de Weimar*, Firenze, 1948;

MORTATI C., *Considerazioni sull'introduzione del dissent nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in *La Giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, pp. 155 ss.;

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, CEDAM, Padova 1975 cit. p. 715;

OPOCHER E., *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto XV* Giuffrè, Milano pp.735-747;

- PACE A., *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, III, *Amministrazione e economia*, Giuffrè, Milano 1987;
- PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padova 1997;
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, 3° ed., Padova, 2003, cit. nota p. 38;
- PALADIN L., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 314
- PALADIN L., *Corte Costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979- dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985;
- PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Agg.*, I, Milano 1997;
- PALADIN L., *Esiste un “principio di ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale?* in *AA.VV., Il principio di ragionevolezza*, op. cit.;
- S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. P. Panunzio, Jovene, Napoli 2005, spec. p.3 ss.
- PASSAGLIA P., *Giustizia costituzionale e procedimento legislativo*, in *AA.VV., I rapporti tra Parlamento e Governo*, cit. p. 265;

- PASSAGLIA P., *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto*, Torino 2002;
- F. PASTORE, *Politiche legislative e scrutinio di coerenza*, in AA.VV., *La discrezionalità del legislatore*.
- F. PASTORE, *Voto di preferenza e rappresentanza di genere nella legislazione elettorale regionale*, in www.amministrazioneincammino.it.
- PASTORE B., *L'immagine del diritto come esperienza*, in *Politeia*, XXIV, 91, 2008, ISSN 1128-2401, pp. 42-51;
- PEGORARO L., *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, CEDAM, Padova 1990;
- Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, p. 120, trad. it. *Logica giuridica e nuova retorica*, a cura di Crifò, Giuffrè Milano, 1979.
- PERELMAN CH., *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, trad. it. E. Mattioli, Parma 1979;
- PERELMAN CH., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris 1958, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. trad. it. (a cura di) C. Shick, M. Mayer, Einaudi, Torino 3°ed. 2001;
- PETTA P., *Schmitt, Kelsen e il Custode della Costituzione*, in *Storia e politica*, 1977, pp. 506 e ss.

PIERANDREI F., *Corte costituzionale*, voce in *Enc. Dir.* X Milano, 1962 pp. 874 ss.;

PINELLI C., *Il dibattito sulla interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti Paladin*, vol. III;

PIZZORUSSO A., *Sub artt. 134-136*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981

A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di Governo*, in *Pol. Dir.*, 1981, 331

PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. Cost.*, 1982;

PIZZORUSSO A., *Sui limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. Pen*, 1982;

PIZZORUSSO A., *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Milano 1988;

PIZZORUSSO A., *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig/Publ*, VI, Torino 1991, pp. 428 ss.;

PIZZORUSSO A., *Stare decisis e Corte costituzionale*, in AA.VV., *La dottrina del precedente*;

PIZZORUSSO A., *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Giappichelli, Torino 2002 ;

PUGIOTTO A., *La concretezza nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, pp.91 ss.;

A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138 del 2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it.

M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della “necessità ed urgenza” dei decreti legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, 1499-1468.

J. RAZ, *Legitimate Authority*, ora in ID., *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979, pp. 3-27;

RAZZANO G., *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002;

RICCA M. *Sul rapporto tra «ritenuto in fatto» e «considerato in diritto» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione*, cit.;

REDDENTI E., *La legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1957;

ROSS A., *Diritto e Giustizia* (1958) Einaudi, Torino 1965;

RUGGERI A., *Storia di un falso. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto alla Corte costituzionale*, Milano, 1990;

RUGGERI A., *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, *L'ordinazione in Sistemi*, Torino 1993, pp. 249;

RUGGERI A., *La Costituzione allo specchio: linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino, 1999;

RUGGERI A., *Scrittura costituzionale e diritto non scritto*, in *Dir. e Soc.*, n. 2/04, pp. 237-296.

RUGGERI A., *Fatti e Norme nei giudizi sulle leggi e le metamorfosi dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino_____;

RUGGERI A., *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 4/2000;

RUGGERI A., *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e Parlamento*, op. cit.;

RUGGERI A. SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2004;

A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, Relazione al Seminario su *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Bologna 31 marzo 2009.

M. RUINI, in *La Costituzione*, seduta pomeridiana del 28 novembre 1947, Roma, 1970, Vol. V, pp. 4233 ss.;

- A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società* 1975
- SAITTA A. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996;
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000;
- C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981
- M. SCUDIERO, *Caratteri fondamentali della delegazione legislativa del Parlamento*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata*, n. s. 29, 1968
- M. SCUDIERO, *Legislazione regionale e limite dei principi fondamentali: il difficile problema delle leggi-cornice*, in *Le Regioni*, n.1/1983 p. 11.
- M. SCUDIERO, *Notazioni in tema di abuso del decreto legge e ruolo della Corte costituzionale*, in AA.VV, *I decreti legge non convertiti. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 11.11.1994*, Giuffrè, Milano 1996.
- SICLARI M., *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, CEDAM, Padova 1992.
- SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, in *Scritti Crisafulli*, I, Cedam Padova, 1985.

- G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi, in La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, a (cura di) A. Ruggeri, pp. 560-575, cit. p. 560.
- G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989.
- G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.* 2004, 411 ss.
- A. SPADARO, *La motivazione delle sentenze della Corte come "tecniche" di creazione di norme costituzionali*, in AA.VV *La motivazione*, p. 357.
- A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. Cost.*, 1998.
- A. SPADARO, *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un importante nozione di teoria generale*, in AA.VV, *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, a cura di A. Spadaro, Torino 2000;
- A. SPADARO, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti* in *Ars Interpretandi* n. 7/02;
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980;

TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari 2009

R. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, I,

TROCKER N., *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv.tri.dir.civ.*,1988, p.838;

M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, I, GIUFFRÈ, MILANO 1974.

VIOLA F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca book, Milano 1990;

VIOLA F. ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Bari 1999;

VIOLA F., *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica e l'ermeneutica*, in «*Ars Interpretandi*», 97/02;

L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 981.

J. WRÓBLEWSKI, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, 1974, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), in *L'analisi del ragionamento giuridico, Materiali ad uso degli studenti*, vol. I , Giappichelli, Torino 1987.

- G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, CEDAM, Padova 1976.
- G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, CEDAM, Padova 1996.
- G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1977.
- G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*.
- G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984.
- G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, UTET, Torino 1990.
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992.
- G. ZAGREBELSKY, *Sui tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit..
- G. ZAGREBELSKY, *L'idea di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia*, in C. Martini, G. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino 2003.

G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, Einaudi 2005.

G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il mulino, Bologna
2008.