

## LA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA ED AL *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL* SPAGNOLO: DUE MODELLI A CONFRONTO\*.

di Roberto Romboli\*\*

1

I. Allo scopo di svolgere alcune considerazioni sul confronto tra i due modelli di giustizia costituzionale in esame, prenderò in considerazione la scelta nei due paesi delle vie di accesso al Giudice costituzionale (II), il modo come il sistema di giustizia costituzionale si è sviluppato in Italia (III) ed il ricorso di amparo in Spagna (IV), come e perché si parla in Italia della introduzione di un ricorso diretto sul modello spagnolo (V), quali suggerimenti possono ricavarsi guardando alla esperienza spagnola (VI), anche in considerazione delle attuali caratteristiche della giustizia costituzionale italiana (VII).

II. Il carattere rigido della costituzione costituisce, come noto, la ragione ed il fondamento della nascita della giustizia costituzionale e della sua presenza nel testo costituzionale.

In Italia la scelta per un modello accentrato, anziché diffuso, dipese - oltre che dal riconoscimento del valore della legge, dalla natura politica di molti dei principi costituzionali e dalla assenza dello *stare decisis* - dalla scarsa fiducia nutrita nella sensibilità ai nuovi principi costituzionali da parte di una magistratura, formatasi sotto il precedente regime fascista.

La funzione maggiormente caratterizzante l'istituzione della Corte costituzionale fu certamente quella del controllo delle leggi ed ampio fu il dibattito in ordine al prevalere in proposito di una finalità *oggettiva* oppure di una *soggettiva*.

Pur nella inevitabile presenza di entrambe le finalità, per alcuni doveva essere la prima a

---

\* Il presente contributo rappresenta il testo di un intervento programmato al Convegno "La giustizia costituzionale in Italia e in Spagna: modelli a confronto e prospettive future", svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" il 30 settembre 2019.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale - Università di Pisa.

prevalere e quindi essere prioritaria l'esigenza di eliminare dall'ordinamento leggi incostituzionali e, in prima attuazione, quelle fasciste, per altri invece doveva essere prevalente la tutela dei diritti fondamentali espressi dalla Costituzione.

Un decisivo banco di prova fu rappresentato dalla scelta delle vie di accesso alla Corte, essendovene all'evidenza alcune chiaramente espressione di una finalità oggettiva (azione popolare, ricorso diretto da parte di soggetti pubblici), altre invece di quella soggettiva (giudizio in via incidentale, ricorso diretto del singolo interessato).

L'ampia discussione in Assemblea costituente condusse ad una *non scelta*, la quale fu rimessa al futuro legislatore, dando così luogo ad una prima particolarità della nostra Costituzione, quella cioè di non contenere le modalità di accesso alla giustizia costituzionale e di aver quindi stabilito certe regole (quali ad esempio la natura accentrata o ancor più l'efficacia delle sentenze di incostituzionalità) nella ignoranza di quelle che sarebbero poi state le vie di accesso o pensando a certe soluzioni che poi non sarebbero state approvate.

Sarà poi la stessa Assemblea costituente, nella veste di legislatore costituzionale, a decidere in proposito ed a farlo in maniera abbastanza imprevedibile rispetto all'andamento delle discussioni avutesi in assemblea, dove erano emerse tre possibilità: a) una azione diretta riservata ad alcuni soggetti pubblici, specificamente indicati; b) la via incidentale; c) il ricorso diretto del cittadino direttamente interessato.

Queste ipotesi vengono successivamente riprese, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ma la prima risultò alla fine soppressa e la terza assorbita nella seconda, che divenne quindi l'unica via di accesso alla Corte costituzionale.

In conclusione quindi l'accesso viene ridotto alla via incidentale, espressiva della finalità *soggettiva*, determinando con ciò il secondo elemento particolare della disciplina italiana: un controllo sulle leggi che, specie quando la Corte inizierà a funzionare, si fonda solo sulla via incidentale.

Il Costituente spagnolo ha invece in proposito operato una scelta decisamente più articolata, prevedendo che il controllo delle leggi possa essere attivato, oltre che in via incidentale, anche in via diretta ad iniziativa di soggetti pubblici (capo del governo, difensore del popolo, minoranza parlamentare) e, a tutela dei diritti fondamentali nei confronti di atti dei pubblici poteri diversi dalla legge, il ricorso diretto del cittadino attraverso l'amparo costituzionale.

Potremmo quindi ritenere che il modello italiano, pur scartando la natura accentrata in ragione della scarsa fiducia nella magistratura, ha finito per creare un sistema di giustizia costituzionale dove le chiavi di accesso alla Corte venivano consegnate pressoché in esclusiva ai giudici, senza prevedere alcuna possibilità di impugnare le loro decisioni di fronte al *nuovo* Giudice costituzionale. Il buon funzionamento e l'efficacia della giustizia costituzionale veniva a dipendere dall'esito della scommessa fatta sulla sensibilità costituzionale dei giudici.

Al contrario nel modello spagnolo la sfiducia verso la magistratura si è spinta oltre la scelta per il sistema accentrato, investendo pure le funzioni attribuite al *Tribunal constitucional* attraverso appunto la previsione di una via diretta di impugnazione delle leggi e soprattutto di un ricorso diretto del cittadino che, come ampiamente prevedibile, avrebbe avuto ad oggetto principalmente proprio le sentenze dei giudici, quando le stesse fossero ritenute pronunciate in violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione spagnola.

III. L'esperienza italiana degli oltre sessanta anni di funzionamento della Corte costituzionale può essere suddivisa, ai nostri fini, in due periodi di pressoché identica durata.

Una prima fase, rappresentata dagli anni 1956-1986, nella quale la Corte - pur esercitando in maniera assolutamente prevalente la sua attività sulla base di una via di accesso (la incidentale) avente, come detto, finalità *sogettive* - ha invece svolto la sua funzione badando più alla eliminazione di leggi incostituzionali o comunque a rimediare a leggi approvate, o più spesso non abrogate, in violazione dei principi costituzionali, che non alle vicende concrete dei giudizi *a quibus* ed alla tutela dei diritti fatti valere in quella sede.

Allo scopo infatti la Corte utilizza strumenti che essa stessa si costruisce, primo tra tutti, già dal 1957, le sentenze interpretative di rigetto.

Con esse la Corte supera la possibile distinzione tra la interpretazione delle leggi ordinarie di spettanza dei giudici comuni ed *in primis* della Cassazione e la interpretazione della Costituzione, attribuendosi il compito di interpretare le leggi oggetto della questione di costituzionalità in modo tale da evitare il contrasto con i principi costituzionali ed indicando tale soluzione come l'unica possibilità per evitare una decisione di incostituzionalità.

Così facendo la Corte ottiene, da un lato, l'effetto di escludere l'applicazione di una legge incostituzionale senza il necessario intervento del legislatore e, dall'altro, quello di

dimostrare l'esistenza di un pluralismo nella interpretazione delle leggi e come le interpretazioni restrittive fornite dalla Cassazione (tra cui la distinzione tra disposizioni costituzionali immediatamente applicabili e disposizioni programmatiche rivolte solamente al legislatore) potevano essere superate attraverso l'intervento del Giudice costituzionale.

Ciò ha determinato il sorgere di una assai proficua alleanza in tal senso fra la magistratura ordinaria, in specie la parte più giovane e più sensibile ai principi costituzionali, e la Corte. Altri strumenti creati dalla stessa, per limitarmi ai più rilevanti, furono quello del parametro della ragionevolezza, ricavato dal principio di eguaglianza ed utilizzato allo scopo di verificare la *ragionevolezza* delle scelte del legislatore oppure quello delle sentenze c.d. manipolative, con le quali la Corte modifica direttamente il contenuto delle disposizioni legislative impugnate con pronunce dalle quali discende un contenuto normativo diverso e immediatamente autoapplicativo.

La seconda fase (1989-2018) viene introdotta dal periodo conosciuto come quello dello smaltimento dell'arretrato.

Negli anni 1987 e 1988 infatti, sotto la presidenza di Francesco Saja, la Corte ottenne il risultato di eliminare tutte le cause pendenti che avevano determinato l'eccessivo allungamento dei tempi intercorrenti tra la domanda e la risposta del Giudice costituzionale. Da questo ne derivò una maggiore concretezza delle decisioni del Giudice costituzionale, la quale divenne più sensibile alle situazioni fatte valere nel giudizio *a quo*, in maniera tale che il giudizio in via incidentale, pensato come strumento per realizzare una finalità *soggettiva*, dopo essere utilizzato ai fini *oggettivi* di depurazione dell'ordinamento da leggi incostituzionali, è tornato a valorizzare la propria, naturale finalità.

Molti i riferimenti possibili, per cui mi limito a segnalare quello certamente più caratteristico, vale a dire lo strumento della c.d. interpretazione adeguatrice o interpretazione conforme.

Attraverso questo strumento la Corte viene a valorizzare in maniera particolarmente forte l'attività interpretativa del giudice, sollecitando lo stesso a non proporre questioni di costituzionalità allorché il dubbio avanzato sia risolvibile direttamente in via interpretativa. La Corte esprime il principio secondo il quale le leggi sono dichiarate incostituzionali solamente quando non è possibile dare loro una lettura costituzionalmente conforme e non anche quando è solo possibile una lettura incostituzionale.

Successivamente la Corte giunge a chiedere al giudice, ai fini della ammissibilità della questione di costituzionalità sollevata, di dimostrare la impossibilità di una interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione impugnata.

La *ratio* che sottostà a questo nuovo indirizzo giurisprudenziale è quella per cui determinati risultati per la tutela dei diritti fondamentali sono meglio perseguibili attraverso una decisione avente i suoi effetti limitatamente al caso pratico, che non attraverso decisioni demolitorie di incostituzionalità, aventi effetti *erga omnes*.

In tal modo la Corte costituzionale si rivolge al giudice non più come *portiere* o *destinatario* delle proprie decisioni, ma come soggetto che deve lui stesso risolvere, quando i poteri interpretativi ad esso riconosciuti lo consentano, i dubbi di costituzionalità.

La conseguenza è stata la netta diminuzione del numero delle questioni proposte al Giudice costituzionale in via incidentale, in ragione del fatto che i giudici spesso hanno provveduto, a volte anche in maniera forse eccessivamente *creativa*, a risolvere da soli i dubbi di costituzionalità.

IV. Passando adesso a considerare la esperienza spagnola dell'amparo costituzionale, si può rilevare come questa ha posto in primo piano il problema derivante dall'altissimo numero di ricorsi presentati e quindi dei tempi lunghi di decisione (circa due/tre anni solo per sapere se il ricorso era stato ammesso e tre/cinque anni per la pronuncia di merito, con il risultato che questa spesso rischiava di risultare non più utile, in concreto, con riguardo alla denunciata violazione del diritto fondamentale).

L'amparo è in sostanza divenuto nella prassi un *normale* giudizio di quarto grado, presentato quando sono terminati i diversi gradi del processo, denunciando per lo più la violazione del diritto di difesa e del giusto processo (art. 24 della Costituzione spagnola), divenuto una sorta di *passe-par-tout* attraverso il quale portare il proprio caso all'esame del *Tribunal constitucional*.

L'altissimo numero di ricorsi aveva determinato un quasi totale assorbimento dell'attività del *Tribunal*, con ricaduta negativa in ordine alla possibilità di esercitare in tempi ragionevoli le funzioni più proprie e caratterizzanti di un Giudice costituzionale, quali il controllo delle leggi e la risoluzione dei conflitti.

Meno esplicitata, ma certamente presente a molti attenti osservatori, era la necessità, dopo venticinque anni di attività del *Tribunal constitucional*, di favorire, con una riforma della

legge organica, il formarsi di un diverso rapporto tra questo ed i giudici comuni, fondato su una maggiore collaborazione ed un maggior ruolo di questi ultimi nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo, dovendosi ritenere in gran parte ormai superato il giudizio negativo sulla sensibilità costituzionale degli stessi espresso, come detto, al momento della approvazione della Costituzione spagnola.

Per questo, dopo che una precedente riforma assai più modesta del 1988 non aveva prodotto gli effetti sperati, nel 2007 è stata approvata una revisione assai importante della disciplina dell'amparo costituzionale, la quale va ad incidere essenzialmente sul giudizio di ammissibilità, inserendo in particolare un nuovo requisito, non previsto dalla legislazione anteriore, quello della necessaria «speciale rilevanza costituzionale», specificando che essa dovrà essere valutata sulla base di tre elementi: a) la sua importanza per l'interpretazione della Costituzione; b) per l'applicazione e l'efficacia generale della stessa; c) per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali.

La genericità della espressione «speciale rilevanza costituzionale» ed altresì dei tre elementi sopra indicati, aveva fatto ritenere come il vero significato della riforma sarebbe stato scritto dalla giurisprudenza costituzionale.

Così in effetti è stato, dal momento che il *Tribunal constitucional* ha scelto fin da subito di procedere ad una sorta di autolimitazione della propria discrezionalità indicando in una sentenza-legge i sette casi nei quali ricorre il requisito della «speciale rilevanza costituzionale» (sent. n. 155 del 2009).

In sostanza da tale indicazione appare la volontà di cercare di instaurare un diverso rapporto tra *Tribunal constitucional* e giudici comuni (specie *Tribunal supremo*), riservando al primo solo un intervento di controllo e di garanzia a carattere eccezionale per i casi nuovi, più difficili o di interesse generale e favorendo una «maggiore diffusione» della tutela costituzionale dei diritti fondamentali.

Un percorso che, per molti aspetti, richiama da vicino quello verificatosi in Italia negli ultimi anni, attraverso il riferimento, appena ricordato, alla giurisprudenza costituzionale sull'obbligo di interpretazione conforme del giudice comune.

Una parte della dottrina spagnola ha parlato di incostituzionalità della riforma per aver eliminato la rilevanza della denunciata lesione del diritto fondamentale, attraverso una *oggettivizzazione* dell'amparo costituzionale, la quale verrebbe a porsi in contrasto con la natura ed il significato che la Costituzione ha inteso assegnare allo strumento in questione.

Anche in Italia è accaduto qualcosa di simile con riferimento alla ricordata giurisprudenza costituzionale relativa all'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme, la quale è stata denunciata da una parte della dottrina come incostituzionale, per aver così determinato una *diffusione* del controllo di costituzionalità in contrasto con la natura accentrata voluta dalla nostra Costituzione.

L'amparo parrebbe, a seguito della riforma, mantenere il suo carattere di concretezza per il ricorrente – il quale continuerà a denunciare infatti la supposta violazione di un suo specifico diritto fondamentale ad opera di un altrettanto specifico atto ed a ricevere una risposta su quanto chiesto – mentre assume natura astratta per il *Tribunal constitucional* nella misura in cui il caso concreto rappresenterà anche un'occasione per giustificare il suo intervento nell'interesse generale, a prescindere dalla esistenza di una violazione del diritto fondamentale e della gravità della stessa.

Nel *nuovo amparo* il ricorrente viene in qualche misura ad assumere la veste di soggetto che rappresenta anche una situazione *tipica*, accanto a quella personale, sia che la stessa venga ritenuta utile ed utilizzata per esprimere una nuova ed innovativa giurisprudenza del *Tribunal*, sia che invece si debba solamente ribadire una giurisprudenza già elaborata e consolidata, ma non rispettata dal giudice o da altro soggetto pubblico.

Pure questo aspetto viene ad avvicinare il sistema italiano a quello spagnolo, dal momento che il processo di concretizzazione sommariamente descritto del controllo di costituzionalità, non modifica, allorché viene sollevata una questione di costituzionalità, la posizione delle parti dei giudizi *a quibus* le quali vengono considerate nella loro *tipicità*, assumendo una specie di rappresentanza di quanti versino nella stessa situazione.

V. La valutazione sull'operato della Corte costituzionale in oltre sessanta anni di attività è generalmente molto positiva e la Corte rappresenta in Italia una delle istituzioni che gode di maggior prestigio e considerazione, sia da parte dei tecnici che della opinione pubblica. Nonostante questo è stata da tempo rilevata l'esistenza di leggi o di situazioni che con maggiore difficoltà possono essere portate al giudizio della Corte, per le quali si parla di *zone franche* dalla giustizia costituzionale, dovute a differenti elementi legati al tipo di fonte, alle sue caratteristiche o alle *strette* dei presupposti previsti per il giudizio costituzionale incidentale.

Per questo il richiamo al ricorso diretto, quale possibile soluzione, appare fin dai primi anni

nei dibattiti sulla eventuale riforma della giustizia costituzionale e se prima dell'approvazione della Costituzione spagnola il riferimento era stato fatto principalmente per rafforzare la finalità *oggettiva*, ossia come ricorso diretto di ogni cittadino entro il termine di un anno dall'entrata in vigore della legge, successivamente alla approvazione della Costituzione spagnola il ricorso di amparo diviene un preciso riferimento per quanti intendono invece rafforzare la finalità *soggettiva* del controllo delle leggi o della tutela dei diritti fondamentali.

Questo accade in maniera ancora più forte allorché viene denunciata una specifica lacuna, che invece risulta *coperta* in Spagna proprio grazie all'amparo.

Per fare qualche esempio è sufficiente pensare alla posizione del terzo interessato offeso nella sua reputazione da espressioni oltraggiose pronunciate da un parlamentare, il quale oppone al giudizio in sede civile e/o penale lo scudo della immunità delle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari (art. 68, comma 1, Cost.) oppure alla eventualità in cui, a fronte di un obbligo da parte di un giudice di ultima istanza a rimettere alla Corte di Lussemburgo una questione pregiudiziale di interpretazione della normativa eurounitaria, ciò non avvenga pur non ricorrendo le ipotesi (irrilevanza, atto chiaro, *atto chiarito*) di esenzione da tale obbligo; o ancora a quello relativo a diritti fondamentali connessi alla materia elettorale e specificamente alle disposizioni regolanti il procedimento elettorale per la camera ed il senato, in considerazione della presenza di un preciso disposto costituzionale, in base al quale «ciascuna camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità» (art. 66 Cost.). Il ricorso individuale diretto a tutela dei propri diritti costituzionali è stato definito *un fiume carsico* nelle discussioni relative a modifiche al nostro sistema di giustizia costituzionale e l'ipotesi di una sua introduzione, pur rimanendo sempre minoritaria, è stata infatti avanzata in Italia con molta frequenza e fin dai primi anni di funzionamento della giustizia costituzionale.

Le ragioni addotte a sostegno della introduzione di un ricorso diretto del singolo sono state di volta in volta diverse e appaiono, entro certi limiti, espressione del momento particolare in cui la proposta viene avanzata, del buon funzionamento del giudizio incidentale e delle relazioni esistenti tra i giudici comuni e la Corte costituzionale.

Così in una prima fase il ricorso diretto fu ritenuto idoneo rimedio per fare fronte a lacune o zone franche che il sistema nella sua applicazione pratica aveva mostrato.

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

Sempre alla fine degli anni Novanta la commissione bicamerale D'Alema approvò un progetto di riforma costituzionale, il quale conteneva la previsione di «ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale».

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

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

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

Dalla constatazione dei molti casi di condanna dell'Italia da parte della Corte Edu se ne è tratta la conclusione che la giurisdizione costituzionale, nei termini attuali, evidentemente non funziona o non è un rimedio idoneo, con la conseguenza di invocare il ricorso diretto come strumento per diminuire le ipotesi di condanna dell'Italia e favorire il dialogo.

Curiosamente in Spagna proprio l'esistenza dell'amparo costituzionale ed in specie il numero eccessivo degli stessi è stata spesso portata come causa delle difficoltà di dialogo con le Corti europee, la quale è valsa, unitamente ad altre diverse motivazioni, a giustificare la ricordata profonda modifica della disciplina dell'amparo del 2007.

Alla possibilità che il ricorso alle Corti europee possa servire a coprire alcune delle lacune

mostrate dal nostro ordinamento di protezione dei diritti, viene opposta la conseguenza che in tal modo la Corte costituzionale risulterebbe di fatto scavalcata o addirittura contraddetta dalla Corte Edu e paventato il rischio che la nostra Corte, per il fatto di dover giudicare su norme anziché su casi al pari delle Corti consorelle, diverrebbe uno degli ultimi giudici nazionali, una *Corte regionale*, come tale periferica rispetto agli sviluppi dei processi di internazionalizzazione del diritto costituzionale.

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

Una ulteriore riflessione circa l'opportunità della introduzione in Italia del ricorso diretto individuale viene suggerita da una serie di elementi - che si aggiungono a quelli appena ricordati circa la copertura delle lacune e del rapporto con la tutela sovranazionale e con l'attività delle corti europee - tra cui la ricordata netta diminuzione dei giudizi in via incidentale a seguito della tecnica della interpretazione conforme.

VI. Una valutazione in ordine alla introduzione di un ricorso individuale diretto – la quale richiederebbe una modifica della Costituzione e delle leggi costituzionali e ordinarie di attuazione – dovrebbe portare innanzi tutto a distinguere a seconda che esso venga pensato allo specifico scopo di coprire le zone franche che si sono manifestate nella esperienza di giustizia costituzionale oppure per sanzionare la violazione di diritti quando essa sia contenuta in una sentenza di un giudice, specie se di ultimo grado.

Nel secondo caso la esperienza spagnola dovrebbe ammonire circa il rapporto costi-benefici conseguenti alla introduzione di un ricorso diretto del tipo dell'amparo costituzionale, specie di fronte ad un sistema, quale quello italiano che ha dato in sostanza una buona prova di sé, per cui potrebbe sembrare preferibile operare al fine di migliorarlo, muovendosi nella stessa lunghezza d'onda, anziché pensare ad interventi tali da poter determinare una sua destrutturazione.

La finalità pedagogica del ricorso diretto e la sua utilità allo scopo di diffondere nella società i nuovi principi e valori espressi dalla Costituzione – la quale potrebbe essere

impedita o ritardata dal filtro di una magistratura poco sensibile, se non addirittura ostile, ai medesimi – possono essere certamente realizzati attraverso il riconoscimento del ricorso diretto al momento della approvazione e della entrata in vigore della Costituzione.

Un giudizio diverso penso debba farsi allorché ciò venga proposto dopo oltre sessanta anni di funzionamento della giustizia costituzionale, durante i quali, non senza qualche momento di *frizione* e di tensione, i rapporti tra la magistratura ed il Giudice costituzionale si sono venuti assestando e sono riusciti a trovare un momento di equilibrio generalmente condiviso. Tutto questo potrebbe rischiare di essere posto in discussione con l'introduzione di un nuovo giudizio avente ad oggetto la violazione dei diritti fondamentali da parte dei giudici comuni.

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

Nell'ambito dell'apposito giudizio il giudice, ricorrendone i presupposti, avrebbe la possibilità di investire la Corte costituzionale della questione di costituzionalità della legge o dell'atto avente forza di legge ritenuto in possibile contrasto con il diritto costituzionale invocato e potrebbe essere previsto un obbligo, per il giudice di ultima istanza, di rimettere la questione di costituzionalità propositagli alla Corte, riconoscendo allo stesso solamente il filtro della rilevanza, ma non anche quello della non manifesta infondatezza.

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

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

Anche la riforma dell'*amparo* del 2007 e soprattutto la interpretazione fornita dal *Tribunal*

*constitucional* con la ricordata sentenza-legge del 2009 sembrano in fondo andare nella stessa direzione, riservando al *Tribunal* il ruolo di fissare la corretta interpretazione e di vigilare che la stessa sia effettivamente seguita dai giudici comuni.

Riguardo ad un ricorso diretto alla Corte costituzionale avente ad oggetto specificamente le sentenze dei giudici per supposta violazione dei diritti fondamentali, appare evidente, sulla base della esperienza spagnola, la quasi certa trasformazione del ricorso in un ulteriore grado di giudizio (con possibile prosecuzione davanti alla Corte Edu, per realizzare quella che Favoreu ha chiamato la “festa degli avvocati”).

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

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

VII. Nella considerazione della necessaria storicizzazione del tema relativo alla introduzione in Italia dell'amparo costituzionale, vorrei concludere con qualche breve riferimento al momento attuale della giustizia costituzione nel nostro paese.

In estrema sintesi ritengo che due siano gli elementi che maggiormente caratterizzano oggi la situazione italiana.

Il primo riguarda lo spostamento, in misura apprezzabile, del *pendolo* della Corte costituzionale negli ultimi anni verso il *polo politico* rispetto a quello *giurisdizionale*.

Nota è la fisiologica, ed anche utile, oscillazione del pendolo della giustizia costituzionale in considerazione della situazione politica, istituzionale ed economica del paese, ma a molti

è sembrato che, negli ultimi anni, tale movimento corra il rischio di superare i limiti fisiologici della oscillazione.

Il secondo è determinato dall'irrompere - anche a seguito di alcune scelte della giurisprudenza costituzionale e del valore giuridico attribuito alla Carta dei diritti fondamentali della Ue - della tutela sovranazionale dei diritti fondamentali, con il rischio che il collegamento diretto tra i giudici comuni e le Corti sovranazionali faccia sorgere l'idea della inutilità della giustizia costituzionale domestica e quindi dei Giudici costituzionali.

La ragione della eccessiva *politicalità* di alcune recenti decisioni della Corte è stata vista anche come la conseguenza della mancanza per la stessa di strumenti adeguati alle nuove sfide che la Corte degli anni Duemila è chiamata ad affrontare, dal momento che lo strumentario che essa possiede è stato previsto in un momento ormai assai risalente e quando si pensava ad una differente presenza del Giudice costituzionale nel quadro istituzionale.

Per questo potremmo chiederci se uno strumento utile allo scopo potesse essere quello del ricorso individuale diretto.

Sulla base di quanto scritto nel paragrafo precedente e dei principali casi comunemente riportati quali espressione dell'aumento di *politicalità* della giurisprudenza costituzionale, la risposta credo debba essere negativa.

Gli interventi della Corte da alcuni giudicati troppo *creativi* - e quindi *politici* - riguardano infatti la modulazione degli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità, le omissioni del legislatore, la impossibilità di dichiarare la incostituzionalità di leggi costituzionalmente necessarie, aspetti certamente non risolvibili con la introduzione del ricorso diretto individuale.

In un caso, molto dibattuto, si è parlato della introduzione di un ricorso diretto ad opera della stessa Corte la quale, con riguardo alle leggi elettorali della camera e del senato, ha interpretato in maniera decisamente più permissiva la nozione di pregiudizialità del giudizio *a quo* rispetto a quello costituzionale, con riferimento alla denunciata violazione del diritto fondamentale al voto.

In realtà a ben vedere la Corte ha con ciò in maniera espressa voluto superare una storica zona franca della giustizia costituzionale, rappresentata dalla materia elettorale, ma il suo giudizio ha finito per svolgersi più secondo le caratteristiche di un giudizio astratto sulla

legge elettorale che non sulla concreta violazione di un diritto fondamentale. Per questo, se del caso, a risolvere il problema parrebbe meglio invocabile il ricorso in via principale da parte di un soggetto pubblico che non un ricorso sul tipo dell'amparo costituzionale.

Non a caso nella riforma costituzionale bocciata dal corpo elettorale nel dicembre 2016 era previsto, proprio per le leggi elettorali, un possibile ricorso preventivo da parte delle minoranze parlamentari.

Con riguardo al secondo elemento, la presenza di differenti Carte di diritti, nelle quali spesso troviamo affermazioni relative a situazioni soggettive analoghe, ha determinato negli operatori e negli stessi cittadini un senso di disorientamento per la presenza, a tutela dello stesso diritto fondamentale, di differenti modelli e procedure a seconda che lo si voglia garantire nei riguardi della Costituzione nazionale, della Cedu o della Carta Ue.

Per questo ritengo che, anziché introdurre una nuova e differente via di accesso, l'esigenza principale sia quella di semplificare il sistema, nel senso di rendere più omogeneo il comportamento richiesto al giudice di fronte ai differenti livelli di protezione.

Per questo potremmo pensare, prendendo spunto dal sistema vigente con riguardo alla pregiudiziale davanti alla Corte di Lussemburgo, di distinguere tra giudici di ultimo grado e tutti gli altri.

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

I giudici di ultima istanza potrebbero ugualmente, se ritenuto necessario, procedere alla disapplicazione nel caso concreto, ma con l'obbligo di rimettere altresì la questione alla Corte, con eliminazione quindi del requisito della rilevanza e sulla base della sola non manifesta infondatezza. Nel caso in cui il giudice ritenesse di dover disapplicare l'atto normativo nazionale, l'ordinanza di rinvio assumerebbe il significato di provvedimento *nell'interesse della legge*, privo cioè di effetti sul giudizio *a quo*.

Questo consentirebbe alla Corte di intervenire per pronunciarsi sulla questione, potendo procedere alla dichiarazione di incostituzionalità ed alla eliminazione quindi in maniera definitiva dell'atto normativo dall'ordinamento oppure comunque di fornire utili indicazioni ai fini dell'interpretazione ed applicazione della norma impugnata.

Il descritto modello verrebbe ad avvicinarsi a quelli presenti in Portogallo ed in Perù e, per alcuni aspetti, in Brasile, classificati dai comparatisti come modelli *duali* per la compresenza di un sistema accentrato e di uno diffuso e dovrebbe valere pure per l'ipotesi di supposto contrasto di una legge o atto avente forza di legge nazionale con disposizioni della Cedu e per quella di contrasto di una legge nazionale con il diritto dell'Ue.

Il modello così assai sommariamente indicato, avrebbe forse il pregio di determinare per gli operatori, ed *in primis* per i giudici, una situazione di maggiore chiarezza ed omogeneità.

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

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

**Abstract:** Il saggio svolge una comparazione tra il modello di giustizia costituzionale italiano e quello spagnolo, evidenziando gli elementi di somiglianza e quelli di differenza, a partire dal diverso momento storico in cui essi sono stati progettati.

Particolare attenzione, trattandosi di due modelli a carattere accentrato, viene dedicata alle vie di accesso al Giudice costituzionale, allo scopo di dimostrare come la via incidentale in Italia ed il ricorso di *amparo* costituzionale in Spagna siano, sotto molti aspetti, giunti a conclusioni simili, pur partendo da presupposto assai diversi.

Viene infine svolta una riflessione circa l'opportunità dell'inserimento in Italia di un ricorso diretto, sulla base principalmente degli insegnamenti che possono essere tratti dalla esperienza spagnola.

**Abstract:** The essay compares the Italian and Spanish constitutional justice models, highlighting the elements of similarity and those of difference, starting from the different historical moment in which they were designed.

Particular attention, since they are two centralized models, is dedicated to the access modalities to the Constitutional Judge, in order to demonstrate how the incidental modality in Italy and the constitutional *amparo* in Spain have, in many respects, reached similar conclusions, although starting from very different assumptions.

Finally, a reflection is made on the advisability of inserting a direct appeal in Italy, based mainly on the lessons that can be drawn from the Spanish experience.

**Parole chiave:** Giustizia costituzionale – Controllo sulle leggi – Accesso al Giudice costituzionale — Diritti fondamentali — Tutela dei diritti.

**Key words:** Constitutional justice – Control over laws – Access to the Constitutional Court – Fundamental rights – Protection of rights.