



ANDREA TURTURRO\*

## SCRUTINIO STRETTO E PRESUNZIONE DI ILLEGITTIMITÀ NEL CONTROLLO SULLE LEGGI\*\*

«La nostra Corte [...] non deve dare l'impressione, né i costituzionalisti devono dare l'impressione, di fare, di voler fare, di consentire che si faccia del diritto costituzionale libero»<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** 0. *Delimitazione del tema e cenni introduttivi* – 1. *Strict scrutiny e presunzione di illegittimità nella giurisprudenza della Corte Suprema federale statunitense* – 1.1. *Una definizione minima* – 1.2. *Una brevissima storia dello strict scrutiny* – 1.3. *Profili problematici dello strict scrutiny: cenni* – 2. *Lo scrutinio stretto nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: lo stato delle cose* – 2.1. *Le leggi-provvedimento: strict (only) in theory* – 2.1.1. (segue) *Le leggi di sanatoria di atti amministrativi* – 2.1.2. (segue) *Le leggi retroattive (non di sanatoria) e le leggi di interpretazione autentica* – 2.2. *Le leggi di «avocazione in sussidiarietà»* – 2.3. *Le leggi che discriminano sulla base dei fattori di cui all'art. 3, primo comma, Cost.* – 2.4. *Le leggi che incidono su diritti inviolabili* – 2.5. *Le leggi che derogano al criterio di competenza territoriale della giustizia amministrativa* – 3. *Lo scrutinio stretto nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: spunti ricostruttivi* – 3.1. *Primo livello: la teorica possibilità di uno scrutinio stretto* – 3.2. *Secondo livello: una proposta ricostruttiva sullo scrutinio stretto e sulla presunzione di illegittimità* – 3.2.1. *Uno sguardo d'insieme ai presupposti e alla struttura dello scrutinio stretto* – 3.2.2. *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità* – 3.3. *Terzo livello: considerazioni critiche e spunti per una futura strutturazione* – 4. *La presunzione di illegittimità costituzionale nella formazione e nel controllo delle leggi* – 4.1. *Presunzione di illegittimità e legislatore* – 4.2. *Presunzione di illegittimità e giudici comuni* – 4.3. *Presunzione di*

---

\* Dottorando della Scuola dottorale internazionale di Diritto ed Economia Tullio Ascarelli – Sezione Sistemi punitivi e garanzie del cittadino (area Diritto costituzionale), con sede presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre. Indirizzo e-mail: andreaturturro@gmail.com

\*\* Relazione per il Quarto seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giuspubblicistiche – Università degli Studi Roma Tre, 18 settembre 2015.

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

*illegittimità e Corte costituzionale – 4.3.1. Presunzione di illegittimità e motivazione – 4.3.2. Presunzione di illegittimità e momento della decisione*

*0. Delimitazione del tema e cenni introduttivi*

Oggetto della mia ricerca sono, *in primis*, le categorie di leggi<sup>2</sup> rispetto alle quali la Corte costituzionale svolge, o afferma di svolgere, un sindacato di legittimità maggiormente penetrante rispetto a quanto avviene nella generalità dei casi<sup>3</sup>; *in secundis*, si intende studiare che cosa sia esattamente tale più rigoroso scrutinio.

Partendo dall'idea, già suggerita in dottrina, che vi sono dei casi in cui *la particolarità dell'oggetto del controllo costituzionale sollecita particolari modalità di giudizio*<sup>4</sup>, cercheremo di approfondire questa duplice peculiarità: 1) quella dell'oggetto e 2) quella del giudizio.

Per quanto concerne il punto *sub* 1), in particolare, si tenterà di verificare quale comun denominatore (se vi è) lega tra loro le varie leggi *costituzionalmente sospette*, ossia quelle leggi rispetto alle quali appare opportuno o, addirittura, necessario un controllo più esigente di legittimità (e dunque quale *oggetto* del giudizio ne costituisce il *presupposto*).

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

A chi scrive, infatti, non sembra pienamente aderente ai dati giurisprudenziali la posizione di coloro i quali – sulla scorta di suggestioni provenienti dall'esperienza statunitense – ritengono che lo scrutinio stretto e la presunzione di illegittimità costituzionale vadano di pari passo<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Sembra opportuno inserire in apertura – una volta per tutte – la precisazione che il termine “legge” verrà sovente utilizzato come *sineddoche* (il *tutto* per la *parte*), ossia non nel senso di atto ma, il più delle volte, come singola disposizione (o norma): disposizione-provvedimento, disposizione di interpretazione autentica, disposizione di sanatoria, disposizione che incide su un diritto inviolabile etc. (si tratta di una puntualizzazione che richiama quella svolta da G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012, 1073, nota 1, con riguardo ad un caso di interpretazione autentica che l'A. si trovava a commentare).

<sup>3</sup> Peraltro, lo stesso riferimento alla «generalità dei casi» potrebbe apparire impreciso, essendovi tipologie di leggi per le quali lo scrutinio si atteggia in modo persino meno penetrante rispetto all'ordinario, sino al punto di divenire assolutamente deferente, come ad esempio, seppur per ragioni diverse, per il controllo su leggi in materia tributaria o penale: v., tra gli altri, G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 97; A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA. VV., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo III – *Jurisdicción y Control Constitucional*, 135 s., consultabile su <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2557/11.pdf>; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 907, il quale cita, condivisibilmente, anche il sindacato sulla sussistenza dei requisiti di necessità e di urgenza per l'emanazione dei decreti-legge.

<sup>4</sup> Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *Presentazione del seminario*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 4 s.

<sup>5</sup> V., ad. es., G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 95, il quale, riferendosi al controllo sulle leggi retroattive, afferma: «è certo che per esse vige una sorta di presunzione di irragionevolezza, che impone un vaglio di costituzionalità particolarmente esigente»; in senso analogo, in relazione alle leggi-provvedimento, anche F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 58: «La Corte [...] quando impugnata è una disposizione contenuta in una legge di questa natura, si riserva espressamente uno “stretto scrutinio di costituzionalità”, come se muovesse da un sospetto di incostituzionalità, se non addirittura da una presunzione di incostituzionalità, per il solo fatto che tali norme si allontanano dal modello teorico della legge generale e astratta». V. anche A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza*, cit., 135 s.

Sembrirebbe, infatti – anticipando considerazioni che verranno argomentate nel corso di questo lavoro – che vi siano diversi casi di «scrutinio stretto» senza che si muova da una presunzione di illegittimità e casi di presunzione di illegittimità senza “invocazione” dello scrutinio stretto: ciò che, invece, di norma non accade nello *strict scrutiny* effettuato dalla Corte Suprema statunitense (e dai giudici federali inferiori)<sup>6</sup>, alla cui giurisprudenza – in quanto paradigmatica – occorrerà più avanti prestare attenzione<sup>7</sup>.

Con riferimento al nostro ordinamento, sembra opportuno rammentare le intuizioni di illustri Autori, i quali hanno rilevato che alcune leggi – a differenza di quanto accade nella generalità dei casi – si trovano “marchiate” da una sorta di presunzione di incostituzionalità: presunzione di regola (anche se, forse, non sempre)<sup>8</sup> relativa o *iuris tantum*, dunque superabile con adeguata argomentazione. In particolare, tale presunzione sfavorevole è stata individuata a carico di quelle leggi che discriminano sulla base di uno dei sei (o sette)<sup>9</sup> requisiti soggettivi previsti dall’art. 3, primo comma, della Costituzione: sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali<sup>10</sup>.

La dottrina, come è noto, conosce ampiamente l’opposta nozione di «presunzione di legittimità», la quale però viene generalmente (anche se non esclusivamente)<sup>11</sup> utilizzata – almeno nella letteratura del nostro Paese<sup>12</sup> – in accezioni diverse (ma non necessariamente del

---

<sup>6</sup> Nonostante vi siano dei casi in cui sembra che la presunzione favorevole alle valutazioni del legislatore si riduca ma non si rovesci: v. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 8, che cita la celebre *Footnote 4*, su cui si tornerà successivamente.

<sup>7</sup> Non ci si occuperà, invece, degli standard di controllo utilizzati dal *Bundesverfassungsgericht*, nell’ambito del sindacato sulle prognosi e sui presupposti in fatto delle scelte del legislatore, perché essi non sembrano esercitare, da questo punto di vista, una evidente influenza sulla Corte costituzionale italiana (a differenza di quanto avviene, forse, per lo specifico controllo di proporzionalità). Sul tema, v. A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 158 s.; ID., *Ragionevolezza delle leggi* [1994], cit., 13; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 234 ss. Sul controllo di proporzionalità svolto dal Tribunale costituzionale federale tedesco, v. J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., vol. XII, Torino, 1997, 345.

<sup>8</sup> Si intende far riferimento alle discriminazioni fondate sulla razza, che si ritengono gravate da una presunzione di illegittimità assoluta: cfr. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 2005, 4; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 106.

<sup>9</sup> È, infatti, controverso se le «condizioni personali e sociali» vadano intese come un unico fattore ovvero come due distinti [nel primo senso, se si è ben inteso, A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2006, Vol. I, 396 ss., la quale cita la diversa opinione del Mortati; nel secondo senso, ad esempio, P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 82].

<sup>10</sup> E. CHELI, *Principio generale di eguaglianza e gradazione degli interessi nell’ambito familiare*, in *Giur. cost.*, 1966, 811; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., 84; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 4 ss.; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 907 s.; F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011, 38; F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all’uguaglianza. Studio di una casistica: i minori e i nuovi media*, in *Osservatorio costituzionale*, marzo 2014, 2. Si dubita, peraltro, che le «condizioni personali e sociali» vadano ricomprese nel c.d. nucleo forte del principio di eguaglianza e che siano idonee a produrre una presunzione di illegittimità costituzionale a carico di quelle leggi che le assumano come fattore di differenziazione: così A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 75.

<sup>11</sup> V., infatti, ad esempio, A. RUGGERI, *Presentazione del seminario*, cit., 4; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, 2008, 532 s. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 328, rileva l’esistenza di una presunzione favorevole con riferimento ai presupposti di fatto della norma e alle «prognosi» legislative.

<sup>12</sup> Negli Stati Uniti, invece, essa è largamente conosciuta nell’accezione che qui interessa: v., tra gli altri, F. A. HESSICK, *Rethinking the Presumption of Constitutionality*, 85 *Notre Dame Law Review* 1447 (2010); E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage*, 16:1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 97 (2013); nella letteratura spagnola, v. V. FERRERES COMELLA, *Justicia*

tutto scollegate) rispetto a quella di cui qui ci si intende occupare. Tale presunzione viene invocata, infatti, solitamente: a) a fini interpretativi; b) in relazione al tema dell'efficacia della legge (ritenuta) invalida prima della (eventuale) declaratoria di incostituzionalità<sup>13</sup>; c) nell'ambito della distinzione tra giudizio preventivo e giudizio successivo di legittimità costituzionale, sotto il previgente Titolo V della Parte II della Costituzione.

Nel caso *sub a*), essa viene posta a fondamento del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione<sup>14</sup>: a fronte di una pluralità di significati (di norme) che un testo (una disposizione) è in grado di esprimere, deve presumersi che quello "corretto" (e, dunque, applicabile) sia quello (uno di quelli) compatibile(i) con la Carta fondamentale, giacché, come ripetutamente affermato dalla Corte, «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»<sup>15</sup>.

Nel secondo caso, si fa generalmente riferimento alla circostanza che, sino all'eventuale declaratoria dell'unico organo a ciò preposto in un sistema accentrato, la legge – anche quando chi è tenuto all'osservanza/applicazione della stessa la ritenga di dubbia legittimità o, addirittura, certamente illegittima – si presume valida e produce comunque i suoi effetti<sup>16</sup> (la disobbedienza avviene, dunque, a rischio e pericolo del trasgressore)<sup>17</sup>.

In terzo luogo, l'espressione *de qua* è stata utilizzata – in senso atecnico – con riferimento al differente regime di impugnazione delle leggi statali rispetto a quelle regionali, previsto dall'originario impianto costituzionale (previgente art. 127 Cost.): al controllo successivo, privilegio riservato alla legge parlamentare, era associata una presunzione di «probabile legittimità»; specularmente, sui prodotti dell'attività dei legislatori regionali gravava opposta presunzione di «probabile illegittimità», tale da giustificare, su iniziativa del Governo,

---

*constitucional y democracia*, II ed., Madrid, 2012, spec. 131 ss. Sui criteri di citazione utilizzati per la dottrina e la giurisprudenza statunitensi, si rinvia alla prima nota del par. 1.

<sup>13</sup> Ammesso, e non concesso, che si possa discorrere di invalidità della legge prima della sentenza di accoglimento: chi scrive condivide, infatti, la posizione secondo cui «l'incostituzionalità della legge, prima che sia pronunciata dalla Corte costituzionale, è un'opinione, o una speranza, non una certezza» (G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 361).

<sup>14</sup> Per tale uso, v. M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della «interpretazione conforme a...»*, in *Giur. cost.*, 2007, 1222; ID., *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2012, 17. Già G. GROTANELLI DE' SANTI, *Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1963, 417 s., rilevava il collegamento tra l'interpretazione adeguatrice e la c.d. presunzione di costituzionalità. Diversamente, secondo R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 174, nota 114, «la presunzione [...] che il legislatore sia rispettoso della costituzione, e non intenda violarla, non ha alcun fondamento». Un'autorevole dottrina ha sostenuto, al riguardo, che «gli atti devono, nell'effettivo dubbio sulla loro legittimità, essere dichiarati incostituzionali» (A. PACE, *I limiti dell'interpretazione «adeguatrice»*, in *Giur. cost.*, 1963, 1073). Altri Autori preferiscono discorrere, anziché di una presunzione di legittimità, di una applicazione del «principio di "conservazione degli atti giudici"» (così A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014, 158); V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giur. cost.*, 2005, 785, lo definisce principio generale di «massima conservazione dei testi legislativi»; nel senso del «principio di conservazione dei documenti» già G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 149.

<sup>15</sup> Corte cost., sentenza n. 356/1996, n. 4 del *Considerato in diritto*. Si tratta di affermazione successivamente ribadita più volte: v., ad es., tra le molte, le sentt. nn. 200/1999, 301/2003, 21/2013.

<sup>16</sup> Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 105, che ricollegano tale presunzione al c.d. «privilegio del legislatore».

<sup>17</sup> Il tema è particolarmente dibattuto e vi sono, in dottrina, posizioni differenti: v., per un quadro complessivo, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 354 ss.

l'intervento del Giudice delle leggi prima della promulgazione e dell'entrata in vigore dell'atto in questione<sup>18</sup>.

Appare evidente che le citate accezioni di tale espressione esulano dall'oggetto della presente indagine: ciò che qui interessa, invece, è – dal punto di vista del *processo costituzionale* – la presunzione che la legge sia conforme a Costituzione, salva dimostrazione del contrario<sup>19</sup> (in via essenzialmente *logico-argomentativa*, escluso il caso di vizi del procedimento di formazione dell'atto)<sup>20</sup>. Si tratta, probabilmente, di una regola così generale e apparentemente ovvia – seppure interessante da approfondire nei suoi presupposti teorici – da rendere dubbio il suo reale valore euristico, anche alla luce della struttura del giudizio costituzionale.

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

Occorre peraltro rilevare che mancano, salvo errore, studi specifici sui vari significati di tale espressione, a differenza di quanto accade per la – completamente diversa – presunzione di legittimità degli atti amministrativi, oggetto, tra l'altro, di una tanto risalente quanto autorevole monografia<sup>22</sup> e di numerosi approfondimenti nella dottrina successiva, che ne ha revocato in dubbio la perdurante esistenza<sup>23</sup>.

---

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

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

<sup>20</sup> In cui sostanzialmente, nel caso di vizio procedurale delle leggi formali, si tratta dell'accertamento di un *fatto storico*, non molto diversamente da quanto accade nei comuni procedimenti giurisdizionali (approvazione della legge in testi difformi tra le due Camere, mancato rispetto della riserva di Assemblea di cui all'art. 72, quarto comma, Cost. etc.).

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

<sup>22</sup> G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

<sup>23</sup> Secondo B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 242 s., tale idea è stata addirittura del tutto superata dalla scienza giuridica. Sul tema v. anche V. ITALIA, *Problemi sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo* [2003], ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, 39 ss.

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

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

La seconda questione di metodo è più generale ed attiene alla scelta di fondo di affrontare un tema così marcatamente giurisprudenziale ed alla consapevolezza degli inevitabili limiti con cui ci si dovrà confrontare. Il tentativo di ricostruire un quadro coerente in materia di scrutinio stretto e di presunzione di illegittimità si scontra, infatti, con il dato empirico a cui è soggetta qualunque ricerca di matrice essenzialmente casistica: si intende far riferimento, evidentemente, al carattere magmatico<sup>28</sup> e, in quanto tale, ontologicamente instabile del materiale giurisprudenziale. La sua natura mutevole ed informe, fortemente influenzata da una pluralità di fattori (vicende del caso concreto, cangiante composizione della Corte, etc.) rende estremamente problematico cercare di riportarlo a coerenza e a (presunti) schemi teorici.

Se quanto appena detto è vero in generale, lo è ancor di più quando ci si confronta con le decisioni del nostro Giudice delle leggi, il quale «sconta un deficit di elaborazione concettuale e di auto-riflessione sugli strumenti del giudizio costituzionale rispetto alla Corte americana»<sup>29</sup>, di talché le tecniche argomentative risultano avere un andamento piuttosto instabile, in grado di produrre una giurisprudenza talvolta «ingovernabile»<sup>30</sup>. Ciò, però, più che indurre a desistere, dovrebbe spingere lo studioso a cercare comunque di individuare linee di tendenza, costanti nei

---

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

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

<sup>26</sup> G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 314.

<sup>27</sup> In questo senso A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [1994], cit., 4 s. La regola dell’onere della prova, come ricorda l’A. citato, ha una duplice natura: in un primo senso, regola il riparto dell’attività probatoria delle parti; in una seconda accezione, fornisce una regola di giudizio per il caso di persistente dubbio.

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

<sup>29</sup> G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., 103.

<sup>30</sup> Utilizza tale espressione – con riferimento specifico alla giurisprudenza costituzionale che fa uso del canone della ragionevolezza – A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza*, cit., 136.

percorsi argomentativi e criteri unificanti, capaci di trascendere la logica – che in certa misura è insopprimibile per un giudice – del *case by case*.

È con la piena consapevolezza della difficoltà e dell'inevitabile parzialità (o provvisorietà) del lavoro, che si è inteso effettuare il presente tentativo di ricerca, il quale senz'altro necessita di approfondimento e di ulteriore maturazione<sup>31</sup>.

\*\*\*\*\*

#### *Piano della relazione.*

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

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

Nel paragrafo n. 3, premessa qualche osservazione di carattere teorico, si propone una ricostruzione complessiva della giurisprudenza illustrata nel paragrafo precedente, quanto ai presupposti e alle modalità del giudizio, e alla possibile esistenza, anche al di fuori dei casi di «scrutinio stretto», della già citata presunzione di illegittimità costituzionale. Si suggerisce, inoltre, che il sospetto di invalidità possa essere collegato alla specifica natura assiologica del parametro che una determinata categoria di leggi va ad intaccare.

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

### 1. *Strict scrutiny e presunzione di illegittimità nella giurisprudenza della Corte Suprema federale statunitense*<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Al riguardo chi scrive ritiene particolarmente istruttivo quanto affermato da un'autorevole dottrina (e che, *a fortiori*, vale per l'autore di questa relazione): «Le conclusioni a cui finora sono pervenuto [...] devono considerarsi doppiamente non definitive: in primo luogo, perché, essendo la scienza sinonimo di ricerca, nessuna opera scientifica può dirsi definitiva; in secondo luogo, perché molte sono le ulteriori verifiche a cui tali conclusioni dovrebbero o, comunque, potrebbero essere sottoposte» (così A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002, 75).

<sup>32</sup> Le sentenze della Corte Suprema sono citate secondo il criterio utilizzato negli Stati Uniti: nome delle parti, numero del volume degli *United States Reports* (U.S.), pagina del volume dove inizia la sentenza, anno della decisione [cfr. *The Bluebook. A Uniform System of Citation*, Cambridge (Ma), XIX ed., 2010, 87]: ad es., *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Per quanto concerne le citazioni scientifiche, gli articoli sono riportati indicando l'autore, il titolo (con tutte le iniziali maiuscole, tranne che per congiunzioni, preposizioni e articoli), il numero del volume della rivista in questione, il nome di quest'ultima, la pagina iniziale e l'anno (cfr. *The Bluebook. A Uniform*

### 1.1. Una definizione minima

In termini estremamente sintetici e con una certa dose di (crediamo inevitabile) approssimazione<sup>33</sup>, nell'ambito dell'esperienza statunitense, per *strict scrutiny* – di cui l'italiano «scrutinio stretto» costituisce traduzione infelice ma ormai invalsa nell'uso<sup>34</sup> – si intende il più elevato (di tre) standard del controllo di legittimità costituzionale (gli altri due essendo il *rational basis test* e l'*intermediate scrutiny*), svolto dalle corti federali, al cui vertice si pone, unico organo giurisdizionale espressamente menzionato in Costituzione, la *U.S. Supreme Court*<sup>35</sup> (lo *strict scrutiny* è utilizzato, con caratteristiche non sempre coincidenti, anche dai giudici statali<sup>36</sup>, dei quali però non ci occuperemo in questa sede).

Tale speciale controllo si attiva: 1) a fronte di c.d. «classificazioni sospette» (ad esempio, ma non solo, la razza); 2) laddove si dispongano limitazioni di alcuni diritti, ritenuti di particolare pregio; 3) per le restrizioni della libertà di manifestazione del pensiero basate sul contenuto dello stesso (c.d. *content-based restrictions*)<sup>37</sup>. I parametri costituzionali che vengono generalmente invocati, a fronte dei citati presupposti, sono, per i primi due, la *Equal Protection Clause* e la *Due Process Clause* e, per il terzo, il Primo Emendamento, al punto che è controverso in quale di queste «aree» sia stato elaborato per la prima volta lo *strict scrutiny*<sup>38</sup>.

Perché l'atto oggetto del sindacato possa sopravvivere al più severo controllo, è necessario che si dimostri che la disciplina in questione è sorretta da un *compelling public interest* (un impellente interesse pubblico) e che il mezzo prescelto sia *narrowly tailored* (strettamente proporzionato) al raggiungimento dell'obiettivo: si tratta, dunque, di uno scrutinio rigoroso che attiene sia ai *fini* perseguiti, sia ai *mezzi* utilizzati dal legislatore. Qualora si applichi lo *strict scrutiny*, viene meno la generale presunzione di validità che assiste gli atti legislativi<sup>39</sup> – affermata sin dai *Federalist Papers*<sup>40</sup> e ribadita in numerose decisioni della Corte Suprema, anche

---

*System of Citation*, cit., 147). Per comodità del lettore italiano, si è scelto – nel citare pagine specifiche di una sentenza o di un articolo – di inserire tale riferimento per ultimo (dopo l'anno di pubblicazione e non prima, come il *Bluebook* invece suggerisce). Una ulteriore differenza, rispetto agli abituali criteri statunitensi, è la scelta di riportare solo l'iniziale, oltre che del *middle name*, anche del *first name*. Dove non diversamente indicato, la traduzione dall'inglese è di chi scrive.

<sup>33</sup> Il quadro è, in effetti, come messo in luce dalla dottrina statunitense, maggiormente composito: la tripartizione che segue, dunque, ha valore esclusivamente tendenziale.

<sup>34</sup> E che, pertanto, verrà utilizzata in questa relazione. Critica la traduzione di *strict scrutiny* come «scrutinio stretto» anche R. MANFRELOTTO, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2010, 3743. Effettivamente, «*strict*» andrebbe reso, in italiano, come «rigido», «severo» o «rigoroso».

<sup>35</sup> Sulla Corte Suprema, in generale, nella letteratura italiana, v. P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 1 ss.

<sup>36</sup> Cfr. K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, 124 *Harvard Law Review* 747 (2011), 757, nota 73.

<sup>37</sup> Per più ampi riferimenti, v. R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 *UCLA Law Review* 1267 (2007), 1268 s.

<sup>38</sup> V. *infra*, par. 1.2.

<sup>39</sup> Sul tema della presunzione di legittimità, v. almeno la dottrina citata *supra*, in nota 12. Come rileva E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 107, «Since its early days, the Court has applied some sort of a presumption of constitutionality in favor of both federal and state statutes, although the specific label “presumption of constitutionality” only was applied later».

<sup>40</sup> Si intende far riferimento, in particolare, al celebre *Federalist* n. 78, redatto da Alexander Hamilton, noto soprattutto per l'espressione – poi ripresa polemicamente nel titolo di un noto lavoro di A. BICKEL dedicato alla c.d. difficoltà contromaggioritaria – *the least dangerous branch*: cfr. A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* [1962], II ed., 1986, 1, secondo cui «The least dangerous branch of the American government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known. The power which distinguishes the Supreme Court of the United States is that of constitutional review of actions of the other branches of government, federal and state». In quello scritto, Hamilton – diversi anni prima che il giudice Marshall “inventasse” il *judicial review* – spiegava come il controllo di legittimità costituzionale rientrasse tra i compiti del potere giudiziario, il quale tuttavia avrebbe dovuto dichiarare nulle solo le leggi «contrarie all'evidente significato della Costituzione».



risalenti<sup>41</sup> – e, dunque, l’onere della prova ricade sulla parte che sostiene la validità della disposizione in questione<sup>42</sup>.

Lo *strict scrutiny* – come si accennava – costituisce l’estremo di uno spettro che muove dal *rational basis test*, a mente del quale è sufficiente, ai fini della validità, che la disciplina dettata sia *razionalmente correlata* ad un *legittimo interesse* dello Stato (o della Federazione)<sup>43</sup>. Si tratta di uno scrutinio estremamente deferente – al punto che sono rare le ipotesi in cui il suo utilizzo ha condotto ad una dichiarazione di illegittimità<sup>44</sup> – il quale entra in gioco laddove non vi siano classificazione sospette ovvero si tratti di limitazione di diritti «altri» rispetto a quelli fondamentali (tipicamente i diritti della sfera economica e sociale)<sup>45</sup>. In tali casi, come ha affermato la Corte Suprema, «those attacking the rationality of the legislative classification have the burden “to negative every conceivable basis which might support it”»<sup>46</sup>. La presunzione di legittimità è, dunque, in questo caso particolarmente forte.

Lo schema di giudizio si è altresì definitivamente arricchito – a causa di una certa insoddisfazione per la rigidità a cui l’impostazione binaria conduceva – di uno *standard* mediano (*intermediate scrutiny*), emerso a partire dagli anni Settanta del secolo scorso<sup>47</sup>: in tali casi è necessario, ai fini della legittimità costituzionale, che la disciplina sia *substantially related* ad un *important interest*, che la giustifica. L’utilizzo dello scrutinio intermedio è legato, generalmente anche se non esclusivamente, alla discriminazione sulla base di una *quasi-suspect classification* (ad esempio, genere o nascita al di fuori di un matrimonio)<sup>48</sup>: l’onere della prova ricade, come nel caso dello *strict scrutiny*, sulla parte pubblica (o comunque sulla parte che afferma la validità), ma la dimostrazione dell’esistenza delle condizioni necessarie alla legittimità della disciplina in questione è maggiormente agevole.

---

<sup>41</sup> V., tra le altre, *Middleton v. Texas Power & Light Co.*, 249 U.S. 152 (1919), 157 s.; *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), 83 (Stone, J., dissenting). Come ha scritto il Justice Holmes, effettivamente, la dichiarazione di incostituzionalità (di un atto del Congresso) costituisce «the gravest and most delicate duty that this Court is called on to perform»: *Blodgett v. Holden*, 275 U.S. 142 (1927), 147 s.

<sup>42</sup> Quando sussistono i presupposti per l’attivazione dello *strict scrutiny*, infatti, «courts should reverse their usual starting point by presuming such laws to be unconstitutional and require the government to bear the burden of defending the law»: così A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 *Vanderbilt Law Review* 793 (2006), 802. Cfr., tra le molte, *City of Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980), 76: «It is of course true that a law that impinges upon a fundamental right explicitly or implicitly secured by the Constitution is presumptively unconstitutional».

<sup>43</sup> Per questa formulazione v., ad esempio, *Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985), 440 e decisioni ivi citate.

<sup>44</sup> Cfr. R. C. FARRELL, *Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term Through Romer v. Evans*, 32 *Indiana Law Review* 357 (1999), 357, secondo cui «These cases are sufficiently rare to stand out as unusual but they do exist»: l’A. ne ha contati 10 su 110 applicazioni nei venticinque anni tra il 1971 ed il 1996.

<sup>45</sup> Per questi casi G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 48, discorre di una «applicazione a mano leggera, anzi leggerissima» del principio di eguaglianza, in cui il legislatore «gode della presunzione della ragionevolezza».

<sup>46</sup> Così la Corte Suprema nella sentenza *FCC v. Beach Communications*, 508 U.S. 307 (1993), 315, citazioni interne omesse.

<sup>47</sup> Generalmente, l’introduzione di tale forma di controllo viene individuata nella decisione della Corte Suprema *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976); netto fu, in quella occasione, il *dissent* del Giudice Renhquist, secondo cui: «we have had enough difficulty with the two standards of review which our cases have recognized [...] so as to counsel weightily against the insertion of still another “standard” between those two» (ivi, 220 s.).

<sup>48</sup> Per un caso di «scrutinio intermedio» legato a distinzioni fondate sul sesso, v., oltre alla già citata *Craig v. Boren*, *Michael M. v. Superior Ct.*, 450 U.S. 464 (1981); per un caso relativo alle classificazioni fondate sull’illegittimità della nascita, v. *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988).

## 1.2. Una brevissima storia dello strict scrutiny

Lo *strict scrutiny* è il frutto di una progressiva elaborazione da parte della Corte Suprema federale; ciò rende assai difficile indicare con precisione in quale sentenza esso sia “nato”, tema che è, infatti, oggetto di un vivace dibattito dottrinale<sup>49</sup>.

Per quanto colga probabilmente nel segno l'opinione di chi ritiene che lo *strict scrutiny* sia il frutto della giurisprudenza della Warren Court, soprattutto a partire dagli anni Sessanta<sup>50</sup>, sembra indiscutibile che i semi furono gettati a partire da una celebre decisione del 1938, *United States v. Carolene Products Co.*<sup>51</sup>, recte, da una sua nota a piè di pagina, la «più celebrata del diritto costituzionale americano»<sup>52</sup>. La sua notorietà emerge chiaramente da un sintomo linguistico<sup>53</sup>, ossia dal fatto di essere abitualmente citata semplicemente come *Footnote Four*, senza che sia necessario indicare gli estremi della decisione nella quale essa è inserita: nonostante molte sentenze della Corte Suprema abbiano una nota n. 4, quando si cita la Nota n. 4 è implicito il riferimento alla decisione *Carolene Products*, senza possibilità di fraintendimento.

In tale occasione si affermò, anzitutto, che vi potrebbe essere un margine più ristretto di azione per la presunzione di costituzionalità (*narrower scope for operation of the presumption of constitutionality*) nei casi in cui la legislazione chiaramente (*on its face*) contrasta con uno specifico divieto posto dalla Costituzione, come quelli del *Bill of Rights*, oppure quando si dirige, in termini discriminatori, nei confronti di *discrete and insular minorities*, come quelle religiose, nazionali o razziali (caratterizzate, in particolare, da uno scarso potere politico).

Altre tre decisioni degli anni immediatamente successivi assumono particolare rilievo dal punto di vista che qui interessa. Nella sentenza *Skinner v. Oklahoma*<sup>54</sup>, la Corte Suprema utilizzò testualmente, per la prima volta, l'espressione *strict scrutiny*<sup>55</sup>, pur senza giungere a introdurre i test che oggi costituiscono il più esigente controllo di costituzionalità (si trattava, in sostanza, ancora di un controllo di mera razionalità)<sup>56</sup>. In quella circostanza, fu dichiarata contraria alla Costituzione una legge dello Stato dell'Oklahoma che, per finalità eugenetiche, puniva con la sterilizzazione (pena che incide evidentemente su un «basic civil right») alcune categorie di criminali recidivi e non altre.

---

<sup>49</sup> In questo senso O. O. VAROL, *Strict in Theory, but Accommodating in Fact?*, 75 *Missouri Law Review* 1243 (2010), 1244, secondo cui «The origins of the strict-scrutiny test have been the subject of much academic debate»; R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1274, afferma che «the origins of this formula and its proliferation throughout constitutional law are neither well known nor easily traced».

<sup>50</sup> Si esprime in tal senso J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 344.

<sup>51</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>52</sup> In questi termini L. F. POWELL JR., *Carolene Products Revisited*, 82 *Columbia Law Review* 1087 (1982), 1087. «Its only competitors seem to be footnote 11 to *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 494 n. 11 (1954), (the infamous doll test footnote), and footnote 10 to *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, 651 n. 10 (1966), (in which Justice Brennan put forth his “ratchet” theory that Congress could expand constitutional guaranties under the Enabling Clauses of the 13th, 14th and 15th Amendments, but could not contract them)»: così P. LINZER, *The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusk and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone*, 12 *Constitutional Commentary* 277 (1995), 277, nota 2.

<sup>53</sup> Si mutua la felice espressione di P. CARNEVALE, *Indirizzi di saluto*, in C. COLAPIETRO-A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2013, 145 s., che la riferisce all'abitudine di citare la legge n. 104/1992 elidendo il riferimento temporale (dunque, come «legge n. 104»), per effetto del suo straordinario rilievo.

<sup>54</sup> *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

<sup>55</sup> *Skinner v. Oklahoma*, cit., 541. Nel senso che si tratti di una “prima volta”, tra gli altri, A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact*, cit., 799.

<sup>56</sup> Cfr. S. A. SIEGEL, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, XLVIII *American Journal of Legal History* 355 (2006), 381.

Merita di essere brevemente richiamata, inoltre, la sentenza *Murdock v. Pennsylvania*<sup>57</sup>, anticipata da un *dissent* del Giudice Stone in *Jones v. Opelika*<sup>58</sup> – in cui si affermò che le libertà protette dal Primo emendamento alla Costituzione americana (che testualmente si riferisce solo agli atti del potere legislativo federale), applicabile anche agli Stati sulla base del Quattordicesimo emendamento<sup>59</sup>, godono di una posizione privilegiata («Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position»)<sup>60</sup>.

In questa «preistoria» dello scrutinio stretto, occorre ancora segnalare la decisione del 1944 *Korematsu v. United States*<sup>61</sup>. Veniva in rilievo, e fu ritenuto legittimo, un ordine dell'autorità militare<sup>62</sup> che imponeva, dopo il 9 maggio del 1942 – per evidenti ragioni collegate allo scoppio del conflitto con l'impero del Sol Levante – a tutti gli individui con ascendenze giapponesi (compresi coloro i quali avessero lo *status* di cittadini americani) di abbandonare una certa area militarizzata in California<sup>63</sup>. In quell'occasione, si affermò espressamente che *le classificazioni basate sulla razza sono sospette*, forse anche per la volontà, in qualche misura, di controbattere alla radicale posizione del giudice Murphy, espressa in un durissimo *dissent*, in cui denunciò la legalizzazione del razzismo compiuta dalla maggioranza della Corte Suprema<sup>64</sup>. A ben vedere, si trattò di uno scrutinio stretto (almeno per come sarebbe stato successivamente inteso) *dichiarato ma non praticato*: venne, infatti, salvata la discriminatoria classificazione razziale sulla base di una «prova incerta»<sup>65</sup>.

Come già accennato, tuttavia, l'emersione dello *strict scrutiny* era ancora di là da venire: è solo a partire dagli anni della Corte del *Chief Justice* Earl Warren – in un contesto storico profondamente mutato – che si ebbe uno slancio decisivo in questo senso, con lo sviluppo del rigoroso controllo in aree differenti e, sostanzialmente, nell'arco di un solo decennio. Come è

---

<sup>57</sup> 319 U.S. 105 (1943).

<sup>58</sup> 316 U.S. 584 (1942), 608: «The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary, the Constitution, by virtue of the First and the Fourteenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position». La posizione di Stone fu poi sostanzialmente fatta proprio dalla maggioranza a seguito della riassunzione del caso: *Jones v. Opelika (II)*, 319 U.S. 103 (1943).

<sup>59</sup> Si tratta della dottrina della c.d. *incorporation*, enunciata per la prima volta in *Gitlow v. New York* [268 U.S. 652 (1925)], oggetto della «most durable and ceaselessly provocative controversy in American constitutional law» [B. H. WILDENTHAL, *The Lost Compromise: Reassessing the Early Understanding in Court and Congress on Incorporation of the Bill of Rights in the Fourteenth Amendment*, 61 *Ohio State Law Journal* 1051 (2000), 1054].

<sup>60</sup> *Murdock v. Pennsylvania*, cit., 115.

<sup>61</sup> 323 U.S. 214 (1944).

<sup>62</sup> *Civilian Exclusion Order No. 34 of the Commanding General of the Western Command, U.S. Army*.

<sup>63</sup> Korematsu, cittadino statunitense di origini giapponesi, aveva violato tale ordine e, conseguentemente, era stato arrestato. L'*opinion of the Court* fu redatta dal Giudice Black, secondo cui: «It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect» (216). Poco più avanti, peraltro, si precisa che la classificazione sospetta non comporta l'automatica incostituzionalità della disposizione bensì la sua sottoposizione al «most rigid scrutiny»: infatti, pressanti necessità pubbliche possono talvolta giustificare la restrizione di diritti di un singolo gruppo, mentre «l'antagonismo razziale mai».

<sup>64</sup> La sua *opinion* si concludeva così: «I dissent, therefore, from this legalization of racism. Racial discrimination in any form and in any degree has no justifiable part whatever in our democratic way of life. It is unattractive in any setting, but it is utterly revolting among a free people who have embraced the principles set forth in the Constitution of the United States. All residents of this nation are kin in some way by blood or culture to a foreign land. Yet they are primarily and necessarily a part of the new and distinct civilization of the United States. They must, accordingly, be treated at all times as the heirs of the American experiment, and as entitled to all the rights and freedoms guaranteed by the Constitution» [323 U.S. 214 (1944), 242].

<sup>65</sup> R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1277.

stato affermato, infatti, «before the 1960s, there was no strict scrutiny as we know it today. By the end of the decade, it dominated numerous fields of constitutional law»<sup>66</sup>.

Alla Corte Warren (1953-1969) si deve un particolare attivismo nella protezione dei diritti fondamentali, nel periodo peraltro di grande sviluppo dei movimenti per l'affermazione dei diritti civili: ai nostri fini, è opportuno sottolineare che, pur in un clima di diminuito interventismo giudiziale, la progressiva elaborazione dello *strict scrutiny* proseguì anche nei due decenni successivi (durante il periodo della *Burger Court*<sup>67</sup>, cui si deve l'introduzione del livello intermedio di sindacato e, in generale, un uso più flessibile della *Equal Protection Clause*). Lo standard venne progressivamente affinato, sino a comprendere definitivamente i due elementi a cui già abbiamo fatto riferimento (relativi al *fine* e al *mezzo*), e utilizzato in varie aree del diritto costituzionale.

Per quanto riguarda le *classificazioni sospette*, oltre alle discriminazioni su base razziale<sup>68</sup>, sono state giudicate secondo lo standard più elevato, ad esempio, le distinzioni fondate sulla nazionalità e sulla cittadinanza<sup>69</sup>.

In diverse occasioni, inoltre, la Corte Suprema ha applicato lo *strict scrutiny* in casi riguardanti limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero. Tra le altre posizioni giuridiche che sono state tutelate dalla Corte attraverso il più rigoroso controllo possono menzionarsi, inoltre, la libertà di associazione<sup>70</sup>, la libertà religiosa<sup>71</sup>, la libertà di circolazione all'interno degli Stati Uniti (non espressamente prevista nella Costituzione ma ritenuta implicita)<sup>72</sup>, il diritto di voto<sup>73</sup>.

Nei primi anni l'utilizzo dello *strict scrutiny* fu particolarmente intransigente, o quantomeno fu percepito come tale in dottrina: con un'icastica espressione, destinata ad avere straordinaria fortuna, si disse che il più esigente standard di controllo, come utilizzato dalla Warren Court, era «“strict” in theory and fatal in fact»<sup>74</sup>, per sottolineare il rapporto pressoché inscindibile di causa-effetto tra scrutinio stretto e dichiarazione di incostituzionalità.

Nel periodo successivo, merita di essere ricordata quella giurisprudenza federale che, mutando orientamento rispetto al passato, ha affermato che le classificazioni sospette costituiscono il presupposto per l'attivazione dello *strict scrutiny* non solo laddove conducano ad una disciplina deteriore, ma anche nel caso delle c.d. azioni positive: si tratta di una posizione affermata dapprima nella sentenza *Adarand Constructors*<sup>75</sup> e successivamente ribadita. Sulla base di un principio precedentemente enunciato in *Metro Broadcasting v. FCC*<sup>76</sup>, invece, almeno con

---

<sup>66</sup> R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1275.

<sup>67</sup> 1969-1986. Di anni caratterizzati da un certo grigiore discorre, nella dottrina italiana, P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., 19. Per una valutazione complessiva sulla *Burger Court*, v. G. F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger (1969-1986)*, in *Giur. cost.*, 1987, 1896 ss.

<sup>68</sup> Nella dottrina italiana sul tema v. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008, 127 ss.

<sup>69</sup> *Graham V. Department of Pub. Welfare*, 403 U.S. 365 (1971), 372, secondo cui «aliens as a class are a prime example of a “discrete and insular” minority [...] for whom such heightened judicial solicitude is appropriate»; v. anche *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973).

<sup>70</sup> V., ad esempio, *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), spec. 623.

<sup>71</sup> *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

<sup>72</sup> *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), 638: «Since the classification here touches on the fundamental right of interstate movement, its constitutionality must be judged by the stricter standard of whether it promotes a *compelling* state interest» (enfasi nell'originale).

<sup>73</sup> V. *Kramer v. Union Free Sch. Dist. No. 15*, 395 U.S. 621 (1969).

<sup>74</sup> G. GUNTHER, *The Supreme Court 1971 Term. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 *Harvard Law Review* 1 (1972), 8.

<sup>75</sup> *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

<sup>76</sup> 497 U.S. 547 (1990).

riguardo agli atti del Congresso, le discriminazioni fondate sulla razza dovevano essere sottoposte a differente scrutinio sulla base degli effetti della distinzione stessa: *strict scrutiny* in caso di disciplina sfavorevole, *intermediate scrutiny* nel caso di «azione benigna». Il nuovo orientamento della Corte Suprema è stato confermato in alcune recenti decisioni<sup>77</sup>. Per effetto di questo *overruling*, la Corte Suprema utilizza uno strumento, originariamente concepito al fine di proteggere minoranze prive di potere o sottorappresentate nel processo politico, per difendere la stessa maggioranza: una posizione che meriterebbe una più diffusa riflessione che non è possibile in questa sede.

Per quanto concerne le decisioni del periodo più recente, infine, parte della dottrina ha ravvisato un certo allargamento delle maglie dello scrutinio stretto, che si ritiene essere stato considerevolmente “annacquato” con un’ampia dose di deferenza verso il potere legislativo<sup>78</sup>: tra le sentenze della Corte Suprema che particolarmente sono state criticate da questo punto di vista, vi è, ad esempio, *Grutter v. Bollinger*.

### 1.3. *Profili problematici dello strict scrutiny: cenni.*

Dopo la rapida rassegna sulla giurisprudenza federale, si vogliono qui, conclusivamente, soltanto accennare alcuni aspetti problematici nell’applicazione dello *strict scrutiny*.

Si tratta, come visto, di casi in cui non trova applicazione la normale deferenza (e, più esattamente, la presunzione di costituzionalità) nei confronti del legislatore (e della legge), la quale è fondata sul principio democratico e sulla separazione dei poteri, e – laddove si tratti di leggi statali – anche sul principio federale: ciò accade per la più elevata possibilità di fallimento del processo democratico (nel caso delle classificazioni sospette) e, in omaggio alla funzione stessa di una Costituzione rigida, per la garanzia dei diritti fondamentali.

Sulla base di una delle interpretazioni maggiormente accreditate, dal punto di vista funzionale, lo *strict scrutiny* è finalizzato ad eliminare le leggi sorrette da motivi illegittimi (perché discriminatori)<sup>79</sup>, oppure a verificare la giustificazione, in termini di costi e benefici, delle leggi che limitano diritti per i quali «la Costituzione richiede una protezione inusualmente alta»<sup>80</sup>.

Lo schema dei tre livelli di giudizio, peraltro, è senza dubbio diretto ad imporre una certa (auto)disciplina alla Corte Suprema (e ai giudici federali in genere) nel giudicare della validità degli atti scrutinati, in un Paese in cui il problema della c.d. difficoltà contro-maggioritaria – ossia la questione della compatibilità del *judicial review of legislation* con il principio democratico – è particolarmente presente nel dibattito giuridico e politico<sup>81</sup> (ed è prepotentemente riemerso, recentemente, nelle opinioni dissenzienti alla sentenza che ha

---

<sup>77</sup> V., ad esempio, *Fisher v. Univ. of TX at Austin*, 570 U.S. [...] (2013), che peraltro richiama *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), sulla quale v. *infra*, nel testo.

<sup>78</sup> O. O. VAROL, *Strict in Theory, but Accommodating in Fact?*, cit., 1247.

<sup>79</sup> La stessa Corte Suprema ha affermato che: «We apply strict scrutiny to all racial classifications to “smoke out” illegitimate uses of race by assuring that [government] is pursuing a goal important enough to warrant use of a highly suspect tool”» [*Grutter v. Bollinger*, cit., 326: la citazione interna è tratta dalla sentenza *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), 493].

<sup>80</sup> S. A. SIEGEL, *The Origin of the Compelling State Interest Test*, cit., 394.

<sup>81</sup> L’espressione *countermajoritarian difficulty*, come già ricordato in precedenza, si deve ad A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., 16. Tale questione è stata affrontata, tra gli altri, da C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2008, 3 ss., e, più di recente, da O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, spec. 120 ss.

dichiarato l'incostituzionalità del divieto di matrimonio omosessuale)<sup>82</sup>. La stessa *querelle* sull'interpretazione costituzionale, che vede fronteggiarsi gli originalisti e i fautori dell'interpretazione evolutiva e che costituisce uno dei grandi temi del confronto accademico (e non solo), risente, in maniera piuttosto evidente, di questo importante tema di fondo<sup>83</sup>.

Sarebbe certamente ingenuo, tuttavia, ritenere che l'approccio strutturato sui tre livelli citati conduca a delle motivazioni (e a delle decisioni) costruite *more geometrico*, perfettamente prevedibili<sup>84</sup> (anche perché, altrimenti, le decisioni della Corte Suprema in cui si applicano gli standard di controllo in esame sarebbero prese all'unanimità, come di norma, invece, non accade, essendovi spesso dissensi tanto sulle motivazioni, quanto sul dispositivo)<sup>85</sup>. Ad avviso di chi scrive, lo *strict scrutiny* e, più in generale, l'elaborazione di differenti standard collegati all'oggetto del giudizio – e ciò vale naturalmente anche per la nostra Corte – non costituisce la *fine della storia*<sup>86</sup> del controllo di costituzionalità e l'inizio di un'era di sillogistica risoluzione dei dubbi sulla validità delle leggi; più modestamente, esso dovrebbe servire a fornire dei modelli di valutazione che rendano la decisione – se non prevedibile *ex ante* – quantomeno maggiormente controllabile *ex post*.

Ciò non solo per l'inevitabile margine valutativo che ogni attività interpretativa comporta e che è irriducibile agli schemi della logica classica, ma anche perché l'elaborazione dello *strict scrutiny* – per quanto affinata nel corso di una pluridecennale esperienza – sconta ancora oggi una serie di incertezze, legate all'esatto contenuto dei presupposti del controllo più rigoroso e dei singoli test che lo costituiscono<sup>87</sup>.

Quanto ai presupposti, occorre considerare che la dottrina ha da tempo evidenziato l'insufficiente sforzo definitorio, da parte della giurisprudenza federale, delle condizioni affinché una determinata classificazione debba ritenersi costituzionalmente «sospetta». Mentre per alcune categorie – tra cui emblematica appare la razza, anche alla luce di un approccio originalista all'interpretazione del Quattordicesimo emendamento<sup>88</sup> – non sussistono dubbi, su molte altre vi sono tuttora incertezze. Ciò, probabilmente, è legato al fatto che l'indice di sospetto è frutto della

---

<sup>82</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. [...] 2015. Hanno redatto delle opinioni dissenzienti i giudici Roberts (*Chief Justice*), Scalia, Thomas e Alito.

<sup>83</sup> Secondo la più generale (ché l'originalismo contiene almeno due varianti) ma efficace definizione, «originalism regards the discoverable meaning of the Constitution at the time of its initial adoption as authoritative for purposes of constitutional interpretation in the present» [K. E. WHITTINGTON, *The New Originalism*, 2 *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 599 (2004), 599]. Sul tema, nella dottrina italiana, v. F. GIUFFRÈ-I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 2008; P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. I, 281 ss.; A. LONGO, *Alcune riflessioni su tempo, co-testualità ed ermeneutica costituzionale, tra posizioni teoriche e itinerari giurisprudenziali*, in *Giustamm.it*, 6 ottobre 2014, spec. 4 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 141 ss. (al quale si rinvia anche per la distinzione tra *old originalism* e *new originalism*: *ivi*, 147 ss.)

<sup>84</sup> «It is not a system that produces logically necessary results»: così S. E. GOTTLIEB, *Tears for Tiers on the Rehnquist Court*, 4 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 350 (2002), 371.

<sup>85</sup> E, forse, a monte, vi sarebbe un numero minore di leggi incostituzionali, anche se questa affermazione potrebbe essere tacciata di ottimistico intellettualismo etico.

<sup>86</sup> Si tratta, come è noto, del titolo del celebre volume di F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992, in cui l'A., riprendendo una tesi provocatoriamente avanzata in un suo articolo del 1989 [*The End of History*, in *The National Interest*, 16 (Summer 1989), 3 ss.], ipotizzava che la democrazia liberale costituisse il punto di arrivo dell'evoluzione ideologica dell'umanità.

<sup>87</sup> «All aspects of the tiers of scrutiny need to be specified precisely, or the tiers lose their meaning and cease to be effective in distinguishing actions consistent with the guarantee of equal protection from those that violate it»: così S. E. GOTTLIEB, *Tears for Tiers on the Rehnquist Court*, cit., 351.

<sup>88</sup> Cfr. S. W. POLLVOGT, *Unconstitutional animus*, 81 *Fordham Law Review* 887 (2013), 894. Tale posizione è presente già in una risalente giurisprudenza, precedente all'elaborazione dello scrutinio stretto: v., ad esempio, *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1879), 305 ss.

elaborazione giurisprudenziale, nulla essendo previsto in Costituzione, diversamente da quanto accade, ad esempio, nella Costituzione italiana, il cui art. 3, primo comma, vieta al legislatore di discriminare sulla base di fattori quali la razza, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali o sociali (peraltro, sia detto *incidenter tantum*, è evidente *ictu oculi* che non tutti i fattori previsti dall'art. 3 suscitano il medesimo grado di "sospetto").

Vero è che taluni criteri sono stati individuati dalla stessa giurisprudenza federale: 1) l'esistenza di un pregiudizio contro una «discrete and insular minority»; 2) una storia di discriminazione contro il gruppo in questione; 3) lo scarso potere politico di questa minoranza; 4) l'immodificabilità dei tratti distintivi del gruppo (ad esempio, appunto, l'appartenenza ad una determinata razza); 5) la rilevanza del tratto distintivo stesso<sup>89</sup>.

Ciò, tuttavia, non rende automatica quella che potremmo chiamare la "meta-classificazione" delle classificazioni operate dal legislatore, anche perché non è chiaro quali degli elementi citati costituiscano condizioni necessarie, quali sufficienti, quali necessarie e sufficienti. Né, peraltro, sono chiari da un punto di vista teorico i confini che separano le classificazioni sospette da quelle quasi-sospette, che impongono uno scrutinio di tipo intermedio (utilizzato dalla Corte Suprema, come già visto, per le discriminazioni fondate sul genere e sullo *status*, legittimo o meno, del rapporto di filiazione).

A titolo meramente esemplificativo, è di grande attualità l'interrogativo circa lo standard di scrutinio applicabile alle distinzioni fondate sull'orientamento sessuale: al riguardo, invero – nonostante i tentativi dottrinali di dimostrare che si tratti di una *suspect-classification*<sup>90</sup> – mancano affermazioni in tal senso della Corte Suprema<sup>91</sup>. Si tratta di questioni di particolare importanza (non solo teorica ma anche) pratica, dal momento che la scelta del livello di scrutinio (legata, come ampiamente detto, alla natura della classificazione) è sovente decisiva ai fini dell'esito del giudizio<sup>92</sup>. A questo proposito, giova sottolineare che le distinzioni fondate sull'età e sulla disabilità<sup>93</sup>, oltre che quelle basate sullo stato economico-sociale<sup>94</sup>, nonostante talune critiche dottrinali, ricevono per costante giurisprudenza il livello minimo di sindacato (*rational basis review*).

---

<sup>89</sup> Questo elenco di criteri si deve a M. STRAUSS, *Reevaluating Suspect Classifications*, 35 *Seattle University Law Review* 135 (2011), 146. In *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), 28, la Corte ebbe modo di riassumere alcuni degli indici di sospetto, riferendosi ad una asserita classificazione basata sul censo: «the class [...] have none of the traditional indicia of suspectness: the class is not saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process».

<sup>90</sup> V. in tal senso già la posizione di R. CULVERHOUSE-C. LEWIS, *Homosexuality as a Suspect Class*, 34 *South Texas Law Review* 205 (1993), 240, secondo cui «homosexuals certainly fit most, if not all, of the criteria of a suspect class».

<sup>91</sup> Cfr., in tal senso, K. R. EYER, *Constitutional Crossroads and the Canon of Rational Basis Review*, 48 *University of California Davis Law Review* 527 (2014), 529, secondo cui «Over the last twenty years, the Supreme Court has decided a series of cases [...] in which it has constitutionally invalidated anti-gay discrimination. In each of these cases, the Court has declined to directly specify its standard of review [...]».

<sup>92</sup> Si tratta di considerazione diffusa in dottrina: v., per tutti, J. W. ELLIS, *On the «usefulness» of suspect classifications*, 3 *Constitutional Commentary* 375 (1986), 375.

<sup>93</sup> V. K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, cit., 756.

<sup>94</sup> V. *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, cit. Secondo G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 49, «se la Corte avesse accolto il suggerimento [di annoverare tra le classificazioni sospette il binomio "ricchezza-povertà"] la sua giurisprudenza avrebbe incorporato potenti spinte di solidarietà sociale e sarebbe scesa sul terreno di un impegno riformistico di tipo socialdemocratico».

Non sussistono maggiori certezze per l'altro presupposto che giustifica l'esercizio di uno *strict scrutiny*: non definitivamente risolta è, infatti, la questione su quali diritti siano da considerare «fondamentali» ai fini dell'attivazione del più rigoroso controllo.

Utilizzando la sintesi proposta da un'attenta dottrina, tre sono sostanzialmente le possibili opzioni interpretative, secondo le quali può ritenersi che siano fondamentali: 1) tutti i diritti garantiti dai primi otto emendamenti alla Costituzione (dal momento che il Nono ed il Decimo non si riferiscono a specifici diritti)<sup>95</sup>; 2) i soli diritti contenuti nel *Bill of Rights* che sono stati “incorporati” (dunque, ritenuti applicabili anche nei confronti degli Stati e non solo della Federazione, a cui formalmente quelle prescrizioni costituzionali si rivolgono); 3) i soli diritti posti in una «preferred position», perché finalizzati alla tutela della dignità umana e dell'autogoverno democratico<sup>96</sup>. Lo stesso Autore che ha proposto la classificazione citata, tuttavia, ha dimostrato – sulla base della giurisprudenza della Corte Suprema federale – che, quale che sia la definizione prescelta, l'affermazione che la limitazione di un diritto fondamentale comporti in ogni caso l'utilizzo dello scrutinio stretto è sostanzialmente falsa, dal momento che i giudici federali applicano lo *strict scrutiny* per alcuni diritti e non per altri<sup>97</sup>.

Ciò che appare certo, in ogni caso, è che la Corte Suprema ha adottato un approccio intermedio tra quello più radicale del giudice Black – di difesa assoluta delle libertà riconducibili al Primo emendamento – e quello pragmatico del giudice Frankfurter, per il quale, di fronte al potere del Congresso, non esistono *preferred positions*<sup>98</sup>.

Recentemente, peraltro, la stessa idea che solo alcuni diritti siano «fondamentali» è stata sottoposta ad una severa critica in dottrina: la Costituzione non distinguerebbe, infatti, tra diritti e diritti (anzi sembrerebbe negare questa possibilità con il Nono emendamento) e, dunque, la *presumption of constitutionality*, come regola generale, dovrebbe essere sostituita da una opposta *presumption of liberty*<sup>99</sup>.

La questione non risulta più pacifica per quanto concerne i test che l'atto scrutinato deve superare. Si è osservato che è difficile precisare in cosa consista questo «pressante interesse pubblico» (che ricorda, ma forse solo nel *nomen*, i «motivi imperativi di interesse generale», tante volte evocati dalla Corte EDU), poiché «the Supreme Court has frequently adopted an astonishingly casual approach to identifying compelling interests»<sup>100</sup>. Come è stato notato, peraltro, l'introduzione della possibilità di giustificare determinate disposizioni (presuntivamente illegittime) comporta una qualche relativizzazione del principio di rigidità costituzionale, poiché l'interesse pubblico impellente, pur non essendo previsto in Costituzione, giustifica limitazioni a

---

<sup>95</sup> Il Nono emendamento alla Costituzione prevede che «I diritti elencati nella Costituzione non potranno essere interpretati in modo tale da negare o misconoscere altri diritti goduti dai cittadini». Secondo il Decimo emendamento, «I poteri non demandati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai singoli Stati o al popolo».

<sup>96</sup> A. WINKLER, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, 23 *Constitutional Commentary* 227 (2006), 228.

<sup>97</sup> A. WINKLER, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, cit., 239, che così conclude: «laws infringing upon fundamental rights are subject to strict scrutiny, but only some of those rights, only some of the time, and only when challenged by some people».

<sup>98</sup> Lo ricorda A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi*, cit., 141 s. Secondo A. WINKLER, *Fatal in Theory*, cit., 804: «if Black's absolutist approach gave rights too much protection, [Frankfurter's] simple bimodal balancing offered too little. Heightened scrutiny was a compromise».

<sup>99</sup> Per questa posizione, v. R. E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty* [2004], Princeton, Revised edition, 2014, spec. 226 ss.

<sup>100</sup> Così R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny*, cit., 1321.



diritti di rango costituzionale<sup>101</sup>. Per superare tale obiezione, si dovrebbe richiedere che l'impellente interesse pubblico idoneo a giustificare la compressione di diritti trovi copertura nella Legge fondamentale.

Al riguardo, sinteticamente, si può ricordare una delle classificazioni degli «impellenti interessi pubblici» proposta da una risalente dottrina. Essa muove dal presupposto che l'impellente interesse è, per definizione, quello che impone ai poteri pubblici di agire, senza possibilità di inerzia e che, in un governo democratico, non può che coincidere con la preservazione dello stesso Stato democratico. Intesa alla lettera, tale posizione porterebbe a giustificare solo interventi volti ad evitare una catastrofe imminente (e, dunque, assolverebbe ad una funzione assai garantista). In realtà, tale dottrina distingue tra 1) la sicurezza dello Stato; 2) la difesa della democrazia rappresentativa; 3) la protezione di interessi di rango costituzionale; 4) la garanzia dell'ordine sociale e dello Stato di diritto<sup>102</sup>. È evidente che si tratta di clausole così ampie da delimitare in termini assai poco efficaci il campo degli «interessi pubblici impellenti»: ciò risulta confermato da una giurisprudenza che sembra muoversi essenzialmente su base casistica.

Né problemi minori suscita l'accertamento della esatta conformazione del mezzo utilizzato, il quale comprende una pluralità di componenti: la necessità del mezzo (e in particolare, l'essere l'alternativa meno restrittiva)<sup>103</sup> per il raggiungimento del fine e la dimostrazione che la disciplina non sia né *underinclusive* né *overinclusive*, ossia che non sia insufficiente al raggiungimento dello scopo, verso il basso, o che non sia sovradimensionata, verso l'alto. Probabilmente la Corte, più realisticamente, giudica sulla proporzionalità degli scostamenti, verso l'alto o verso il basso, della disciplina adottata, non essendovi altrimenti alcuna possibilità di «sopravvivenza» per l'oggetto dello scrutinio.

Qualche incertezza, inoltre, rimane anche sull'onere della prova, non avendo la Corte, negli anni più recenti, precisato la forza dell'argomentazione necessaria a vincere la presunzione di invalidità. In mancanza di indicazioni precise, la dottrina ha, dal punto di vista contrario, rilevato un certo indebolimento dell'opposta presunzione di validità (per i casi, dunque, in cui non si applica uno scrutinio più rigoroso dell'ordinario): nelle sue prime decisioni, infatti, la Corte Suprema richiedeva una violazione della Costituzione manifesta, ossia la prova dell'antinomia al di là di un ragionevole dubbio<sup>104</sup> (con espressione di stampo processualpenalistico). Nel periodo più recente, risulta pressoché scomparso il riferimento a tale criterio, richiedendosi semplicemente una chiara prova nel senso dell'invalidità; addirittura, per alcuni giudici la presunzione verrebbe in rilievo esclusivamente come mero *tie-breaker* in caso di sostanziale equivalenza degli argomenti *pro* e *contra* la legittimità della norma in questione<sup>105</sup>. È stata, inoltre, recentemente criticata la deferenza – e la presunzione di legittimità – limitata ai soli profili fattuali, che pure hanno un rilievo assolutamente sottovalutato, a sommosso avviso di chi

---

<sup>101</sup> A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi*, cit., 146 ed ivi il rinvio a G. DOLSO, *Bilanciamento tra principi e strict scrutiny nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, 4152 ss.

<sup>102</sup> D. C. SOBELSOHN, *Of Interests, Fundamental and Compelling: the Emerging Constitutional Balance*, 57 *Boston University Law Review* 462 (1977), 479 ss.

<sup>103</sup> V., ad esempio, in tema di *content-based speech restrictions*, *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000); *Sable Communications v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

<sup>104</sup> E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 108 s.

<sup>105</sup> E. C. DAWSON, *Adjusting the Presumption*, cit., 109.

scrive, nei giudizi di costituzionalità, e non anche quella legata all'interpretazione della Costituzione federale<sup>106</sup>.

Nonostante l'elevato grado di formalizzazione – per così dire – esterna degli schemi di giudizio, appare evidente che le incertezze relative alla esatta delimitazione, all'interno, dei presupposti dello *strict scrutiny* e all'esatto significato dei test che devono essere superati, producano, come effetto, una certa relativizzazione della autodisciplina che i giudici federali si sono imposti nell'elaborazione di questi protocolli di giudizio. Non solo: la dottrina più recente ha posto in evidenza la crisi dei tre standard, per come erano conosciuti al loro primo apparire, come sarebbe testimoniato da applicazioni dello scrutinio stretto più deferenti rispetto al modello originario (che non era deferente affatto) e, dall'altro lato, forme maggiormente aggressive del *rational basis review* (definito, efficacemente, *rational basis with bite*)<sup>107</sup>.

A chi scrive pare, tuttavia, che i numerosi spunti problematici sopra citati, lungi dal rendere necessario l'abbandono degli schemi in esame, testimonino semplicemente – oltre alla difficoltà di limitare un'attività, come quella del controllo costituzionale, caratterizzata da inevitabili margini di creatività (secondo una prospettiva realistica difficilmente negabile) – la ricchezza e la fecondità del dibattito statunitense, in cui fittamente dialogano giurisprudenza federale e dottrina.

Non può non rilevarsi, infine, che la frequenza di decisioni in cui si applica lo *strict scrutiny* è necessariamente influenzata dalle concrete condizioni politiche e sociali di un determinato momento storico, nel senso che, effettivamente, negli anni della Guerra Fredda e in quelli della segregazione razziale, alla luce delle numerose disposizioni discriminatorie o limitative di diritti fondamentali, esso costituiva strumento sovente utilizzato. È pure vero, però, che il mantenimento, sotto diversi aspetti, dell'apparato normativo emergenziale approvato nei primi anni Duemila, l'emersione di nuovi gruppi “deboli”, non sufficientemente rappresentati nel processo democratico, nonché la possibilità che interventi normativi incidano anche oggi su diritti fondamentali, mantengono vive le esigenze che, pur in un contesto tanto diverso, sollevarono una più intransigente difesa dei valori costituzionali<sup>108</sup>. A ciò si aggiunga la non superata rilevanza delle c.d. *affirmative actions*. Sintomatico dell'attualità del tema sono, peraltro, i recenti contributi dottrinali dedicati allo *strict scrutiny* e il richiamo del più rigoroso standard di controllo, in recenti decisioni, da parte della Corte Suprema federale<sup>109</sup>.

## 2. Lo scrutinio stretto nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: lo stato delle cose

Attraversato nuovamente l'Oceano, in senso contrario, occorre ora dare conto delle decisioni in cui la nostra Corte costituzionale *ha espressamente affermato* la necessità di uno

<sup>106</sup> A. HESSICK, *Rethinking the Presumption*, cit., *passim*, secondo cui «reasons underlying the presumption of constitutionality more logically justify judicial deference to legislative interpretations of the Constitution» (1450).

<sup>107</sup> V., sul tema, G. L. PETTINGA, *Rational Basis With Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name*, 62 *Indiana Law Journal* 779 (1987), che riconduce tale forma di controllo ad uno scrutinio intermedio praticato ma non dichiarato.

<sup>108</sup> Il tema affiorava già, oltre venti anni fa, nell'intervento di A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi*, cit., 137 s., secondo il quale «solo la definitiva sconfitta del pregiudizio razziale (almeno al livello politico-giuridico), promossa anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte, rende ora “quiescenti” gli strumenti che questa stessa giurisprudenza aveva elaborato. E, d'altra parte, mancano in atto nella società americana quelle tensioni forti che hanno condotto nel passato a mettere in discussione le libertà del primo emendamento, ovvero le c.d. *preferred positions*, protette con sindacato più rigoroso; ove queste tensioni avessero a risorgere non credo proprio che mancherebbe una rinnovata riflessione sulla garanzia più rigorosa di quei diritti che, per essere il presupposto del processo democratico, sembrano sottratti alle decisioni della maggioranza (al *majority rule*)».

<sup>109</sup> *Fisher v. Univ. of TX at Austin*, cit.; *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U.S. [...] (2015).

scrutinio più penetrante, omettendo in questa sede, salvo un successivo riferimento nel par. 3, i casi che presentano – allo stato attuale e salva riforma costituzionale in corso di approvazione<sup>110</sup> – un interesse eminentemente storico (è il caso delle leggi statali che, in nome dell’interesse nazionale, intervenivano in materia di competenza regionale<sup>111</sup>, sotto il previgente Titolo V della Parte II Cost.: una ipotesi che viene talvolta indicata come il primo caso di *strict scrutiny* operato dal Giudice delle leggi)<sup>112</sup>.

Una precisazione terminologica si impone: la Corte costituzionale – come talvolta, del resto, la *U.S. Supreme Court* – utilizza una aggettivazione non sempre identica per descrivere una forma di controllo più incisiva dell’ordinario, facendo riferimento ad uno scrutinio «stretto»<sup>113</sup>, «severo»<sup>114</sup>, «estremamente rigoroso»<sup>115</sup>, «stringente»<sup>116</sup>, senza che alla differente forma linguistica corrisponda diversa specifica sostanza. Ciò è confermato, del resto, dalla stessa giurisprudenza della Corte, che cita come precedenti applicazioni dello scrutinio «stretto», casi in cui aveva fatto cenno ad uno scrutinio «rigoroso»<sup>117</sup>. Tali diverse espressioni – le quali, come già accennato, traducono in modo più o meno felice l’aggettivo inglese *strict* – verranno trattate, dunque, come tra loro equivalenti.

Per ciò che riguarda l’espressione più frequentemente utilizzata – «scrutinio stretto» – essa compare, a quanto consta, in trentasette decisioni<sup>118</sup>. In realtà, il totale comprende anche quelle undici decisioni in cui questa formula non “appartiene” alla Corte costituzionale, nel senso che è utilizzata per riportare la posizione del rimettente/ricorrente o delle parti private (e si trova, dunque, esclusivamente nel *Ritenuto in fatto*)<sup>119</sup>, riducendosi il “netto” a ventisei decisioni.

Le categorie di leggi per le quali la Corte costituzionale ha affermato la necessità di un più rigoroso controllo, quale ne fosse la denominazione prescelta, salvo errore, sono: 1) le *leggi-provvedimento*, categoria all’interno della quale si prenderanno in separata considerazione, 1.1) le *leggi di sanatoria di atti amministrativi* e, per quanto la riconduzione all’interno del *genus* sia tutt’altro che pacifica, 1.2) le *leggi retroattive* (e le *leggi di interpretazione autentica*)<sup>120</sup>; 2) le

---

<sup>110</sup> L’art. 117 Cost. – come risultante dal testo approvato, in sede di prima deliberazione, dalla Camera dei Deputati il 10 marzo 2015 (che, sul punto, risulta identico a quello trasmesso dal Senato) – reintroduce, infatti, nel regolare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, l’«interesse nazionale», seppur in termini diversi dal “vecchio” Titolo V: «Su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell’*interesse nazionale*».

<sup>111</sup> V. sent. n. 177/1988 e la relativa nota a commento di C. MEZZANOTTE, *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giur. cost.*, 1988, 631 ss.

<sup>112</sup> In tal senso C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. cost.*, 2010, 3739.

<sup>113</sup> V. le decisioni citate *infra*, in nota.

<sup>114</sup> Ad es., sent. n. 217/1988, n. 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>115</sup> Ad es., sent. n. 94/1995, n. 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>116</sup> Ad es., sent. n. 432/1997, n. 3 del *Considerato in diritto* (in questo caso l’aggettivo non si riferisce propriamente allo «scrutinio», ma al valore del canone di ragionevolezza).

<sup>117</sup> V. sent. n. 185/1998, che, al n. 7 del *Considerato in diritto*, rinvia alle sentt. nn. 2/1997 (n. 3 del *Considerato in diritto*) e 153/1997 (n. 2.1 del *Considerato in diritto*).

<sup>118</sup> Si tratta delle decisioni nn. 205/1996, 185/1998, 364/1999, 429/2002, 303/2003, 6/2004, 233/2004, 242/2005, 214/2006, 88/2007, 165/2007, 267/2007, 339/2007, 241/2008, 288/2008, 76/2009, 94/2009, 137/2009, 48/2010, 53/2010, 234/2010, 249/2010, 270/2010, 232/2011, 163/2012, 236/2012, 62/2013, 85/2013, 102/2013, 154/2013, 173/2013, 269/2013, 64/2014, 100/2014, 144/2014, 19/2015, 34/2015 (i dati sono aggiornati al 31 luglio 2015).

<sup>119</sup> Si tratta delle pronunce nn. 48/2010, 53/2010, 236/2012, 85/2013, 102/2013, 154/2013, 173/2013, 269/2013, 100/2014, 19/2015, 34/2015.

<sup>120</sup> Nel senso che esse costituiscano leggi-provvedimento, v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 184 s.; propende per la soluzione negativa G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, 91 ss. (il quale, tuttavia, in relazione alle leggi interpretative, ritiene che ciò valga solo quando esse non incidano su giudicati e abbiano efficacia anche per il futuro).

leggi di «avocazione in sussidiarietà»; 3) le leggi che discriminano sulla base di uno dei fattori previsti dall'art. 3, 1° comma, Cost.; 4) le leggi che incidono su diritti fondamentali; 5) le leggi che derogano al criterio territoriale di competenza nella giustizia amministrativa.

Nelle pagine successive si darà sinteticamente conto, per ciascuna categoria, delle decisioni che appaiono particolarmente significative degli orientamenti del giudice costituzionale.

### 2.1. *Le leggi-provvedimento*: strict (only) in theory

La categoria delle leggi-provvedimento è particolarmente ampia e composita<sup>121</sup>, oltre che ancora oggi dal significato incerto<sup>122</sup>, rientrandovi, in un primo e generico significato, tutte quelle leggi che non presentano i caratteri ritenuti naturali, dal punto di vista teorico-generale, della normazione (generalità, astrattezza, innovatività)<sup>123</sup>. L'eterogeneità è tale che è stata addirittura revocata in dubbio la possibilità di svolgere un discorso unitario sul tema: siffatta prospettiva, pur teoreticamente condivisibile, non trova, allo stato, conferme nella giurisprudenza costituzionale che, ancora oggi, non distingue tra i vari tipi di legge-provvedimento. In particolare, come riconosce la stessa Corte, «nella giurisprudenza costituzionale sono state definite leggi provvedimento quelle che “contengono disposizioni dirette a destinatari determinati”<sup>124</sup>, ovvero “incidono su un numero determinato e limitato di destinatari”<sup>125</sup>, che hanno “contenuto particolare e concreto”<sup>126</sup>, “anche in quanto ispirate da particolari esigenze”<sup>127</sup>, e che comportano l'attrazione alla sfera legislativa “della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa”<sup>128</sup>»<sup>129</sup>.

Il tema dell'ammissibilità delle leggi-provvedimento è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinale<sup>130</sup>, che si è incentrato, in particolare, sull'interpretazione dell'art. 70 Cost., che ha diviso i fautori di una concezione sostanzialista della legge (intesa come normazione generale ed astratta)<sup>131</sup> da coloro i quali propugnano una concezione formalista (per cui è legge tutto ciò che è approvato secondo il procedimento prescritto dagli artt. 70 ss. Cost.)<sup>132</sup>; di tali due posizioni è stato proposto il superamento con una tesi mediana – più vicina, a ben vedere, alla concezione

<sup>121</sup> In tal senso, tra i molti, G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, cit., 60.

<sup>122</sup> In tal senso, condivisibilmente, M. LOSANA, *Le «leggi-provvedimento»*, in [www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it), 2, il quale, tuttavia, ritiene che questa espressione abbia un significato ideologico e non scientifico.

<sup>123</sup> Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 1. Nel senso che le leggi-provvedimento siano caratterizzate dalla concretezza della situazione e dalla determinatezza dei destinatari, F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Torino, 2000, 350.

<sup>124</sup> Cfr. sentt. nn. 154/2013, 137/2009 e 2/1997.

<sup>125</sup> V. sent. n. 94/2009.

<sup>126</sup> Si v. le sentt. nn. 20/2012, 270/2010, 137 /2009, 241/2008, 267/2007 e 2/1997.

<sup>127</sup> Sentt. nn. 270/2010 e 429/2002 [la sentenza n. 64/2014, da cui è tratto il riferimento, indica, probabilmente per un refuso, la sent. n. 429/2009 (che non esiste): sembra a chi scrive, invece, che il Giudice delle leggi intendesse rinviare alla sentenza, di pari numero, dell'anno 2002].

<sup>128</sup> V. sentt. nn. 94/2009 e 241/2008.

<sup>129</sup> Così la sent. n. 64/2014, n. 9.1 del *Considerato in diritto* (i richiami giurisprudenziali, omissi nel testo, sono stati riportati nelle note precedenti).

<sup>130</sup> Un'esaustiva ricostruzione del dibattito dottrinale dei primi decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, arricchita da riferimenti ad Autori di epoca precedente, è quella di L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, 871 ss.

<sup>131</sup> Uno dei più autorevoli sostenitori di questa tesi è stato, come è noto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. a cura di F. Crisafulli, Padova, 1993, 74 ss.

<sup>132</sup> Si tratta della tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria, recepita, come si vedrà, anche dalla giurisprudenza costituzionale.

formalista – secondo cui il *proprium* della legge è essere sviluppo e svolgimento della Costituzione, che è atto istantaneo e irripetibile<sup>133</sup> e che, comporta, per quanto qui interessa, la non illegittimità, in via di principio, di leggi-provvedimento<sup>134</sup>.

Il problema che si pone, specialmente per le c.d. leggi in luogo di provvedimento, è essenzialmente quello della *tutela dei cittadini*, come parte immediatamente passiva dell'atto legislativo, a cui però, nella somiglianza (o addirittura identità) degli effetti, non consegue il medesimo grado di tutela, non essendo possibile impugnare direttamente la legge. Occorre, inoltre, considerare la mancata partecipazione dei privati alla formazione degli atti legislativi e il fatto che il sindacato svolto dalla Corte è generalmente meno penetrante rispetto a quello che viene svolto dai giudici amministrativi sugli atti della pubblica amministrazione<sup>135</sup>. Quanto a tale ultimo profilo, non può non rilevarsi che la Corte, diversamente dai giudici amministrativi, non dispone, nel giudizio incidentale, del potere cautelare di sospendere l'atto oggetto del giudizio: ciò, naturalmente, non è senza conseguenze sulla effettività della tutela giurisdizionale<sup>136</sup>.

Sul tema, merita di essere ricordata la posizione di Crisafulli, secondo cui la vera garanzia dei diritti, più ancora che nel principio di legalità e, ove prevista, nella riserva di legge, si sostanzia nella necessità che «tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge, e in definitiva quella *raffrontabilità* dell'atto, di volta in volta posto in essere, alla norma, che lo prevede e lo regola [...]»<sup>137</sup>.

Quanto alle “altre” leggi-provvedimento, esse presentano soprattutto l'elevato rischio di violazione del principio di eguaglianza, che postula, come è noto, il maggior grado di generalità possibile della disciplina legislativa.

La giurisprudenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento – con quel tanto di arbitrario e di scivoloso che comporta qualsiasi periodizzazione – può essere suddivisa in tre fasi, che possono essere individuate prendendo come riferimento le affermazioni di principio del giudice costituzionale.

Attraversa tutte e tre le fasi l'affermazione circa *la piena legittimità costituzionale, in via di principio, delle leggi-provvedimento*, non essendovi, nel nostro ordinamento, alcun limite di carattere generale alla ammissibilità di tali leggi. La Corte ha sostenuto, già in una risalente decisione, che «gli artt. 70, 76, 77 della Costituzione [...] non definiscono la funzione legislativa nel senso che essa consista esclusivamente nella produzione di norme giuridiche generali ed astratte»<sup>138</sup>. In maniera definitiva con la sent. n. 143/1989<sup>139</sup> – ma segnali emergevano già dalla giurisprudenza precedente – tale affermazione di principio è stata estesa anche alla legislazione

---

<sup>133</sup> Tale tesi, che risale al celebre studio del 1970 sull'invalidità della legge – su cui avremo modo di tornare – è stata ripresa dall'A. anche in tempi più recenti: v. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Rist. agg., Torino, 2005, 27 ss.

<sup>134</sup> F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, cit., 29: «la legislazione può assumere *qualsunque contenuto non contrasti con la Costituzione*, e, più in particolare, anche un contenuto puntuale e concreto, insuscettibile di ulteriori svolgimenti, ma *giustificato in quanto rispondente ai valori costituzionali*».

<sup>135</sup> Per tale sintesi, v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 183. Sul tema dell'intensità del sindacato, v. quanto osservato da R. MANFRELLOTTI, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 3740 ss.

<sup>136</sup> Ancora L. PALADIN, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>137</sup> V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 133, corsivo dell'A.

<sup>138</sup> Sent. n. 60/1957, n. 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>139</sup> In questi termini, tra gli altri, C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2002, 3236.

regionale, rispetto alla quale, originariamente, il Giudice delle leggi aveva manifestato un atteggiamento più rigoroso, sulla base di argomenti di carattere essenzialmente testuale, legati al tenore dell'originario art. 117 Cost. Ciò appare oggi assai rilevante alla luce della circostanza che molte delle leggi-provvedimento che la Corte si trova a scrutinare sono ormai di provenienza regionale<sup>140</sup>.

Tranne i (rari) casi di uno scrutinio rigoroso non dichiarato ma, forse, praticato in alcune risalenti sentenze<sup>141</sup>, in una prima fase non è stato colto l'auspicio di uno dei più autorevoli studiosi del tema, già citato, il quale, preso atto della natura minoritaria della sua tesi, che negava la piena legittimità delle leggi-provvedimento, invocava quantomeno un sindacato «più che mai severo» su di esse<sup>142</sup>. La Corte, invece, si limitò, per un lungo periodo, a valutare volta per volta le singole censure sulle leggi-provvedimento, senza individuare limiti di carattere generale.

A partire dagli anni Novanta, invece, il Giudice delle leggi ha iniziato ad utilizzare il criterio di ragionevolezza quale limite generale alle leggi-provvedimento, affermando tuttavia di poter censurare solo la «palese»<sup>143</sup> o «manifesta»<sup>144</sup> irragionevolezza della scelta operata dal legislatore, ben lungi, dunque, dall'auspicato (e auspicabile) sindacato penetrante.

Pochi anni più tardi, invece, si giunse a riconoscere che le leggi-provvedimento devono soggiacere ad uno *scrutinio rigoroso* di costituzionalità<sup>145</sup>. Meritano di essere richiamate alcune decisioni che contengono importanti affermazioni di principio ed in particolare: la possibilità di assoggettare le leggi-provvedimento ad uno scrutinio stretto anche in relazione ai presupposti del legiferare (sent. n. 205/1996) e la necessità di un controllo tanto più rigoroso quanto più è marcato il carattere provvedimentale della legge in questione (sent. n. 153/1997). A tale ultimo riguardo, come è stato sottolineato in dottrina, «in tanto si promette uno “scrutinio stretto”, in quanto l'accorciamento o l'annullamento della distanza fra previo disporre e concreto provvedere pone di per sé un supplementare sospetto di incostituzionalità»<sup>146</sup>.

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

---

<sup>140</sup> Sul tema, in particolare, v. P. VIPIANA, *Legge-provvedimento regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Torino, 2010, 250 ss., anche per interessanti riferimenti dottrinali, giurisprudenziali e normativi; EAD., *La recente giurisprudenza costituzionale in tema di leggi-provvedimento delle Regioni*, in *Quaderni regionali*, 2009, 887 ss.

<sup>141</sup> Si veda, ad es., la sent. n. 80/1969.

<sup>142</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, cit., 81 s.

<sup>143</sup> V. la sent. n. 347/1995.

<sup>144</sup> V. la sent. n. 306/1995.

<sup>145</sup> In questo senso, sentt. nn. 205/1996; 2 e 153/1997; 185/1998; 364/1999.

<sup>146</sup> Ancora C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto*, cit., 3236.

rigoroso quanto più marcata sia, come nella specie, la natura provvedimentale dell'atto legislativo sottoposto a controllo (sentenza n. 153 del 1997)»<sup>147</sup>.

Al di là delle affermazioni di principio della Corte, la dottrina ha manifestato una certa delusione sugli esiti concreti del controllo sulle leggi-provvedimento, culminata – in relazione alla sentenza n. 289/2010 – nell'amaro rilievo che, in quella occasione, l'invocazione dello scrutinio stretto era stata seguita «dal nulla»<sup>148</sup>. Effettivamente, in quel caso (come in altri), il Giudice delle leggi, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza sopra citata, si limitò ad affermare, senza aggiungere altro, che «l'uso dello strumento legislativo per l'adozione di misure di natura provvedimentale non costituisce, di per sé, violazione degli invocati parametri costituzionali».

L'invocazione di uno scrutinio rigoroso, peraltro, non segue automaticamente al carattere provvedimentale di una determinata legge: ciò è confermato da diverse decisioni della Corte costituzionale ma risulta emblematicamente rappresentato, in particolare, da una recente pronuncia (sent. n. 231/2014). In tale circostanza, come è stato esaustivamente dimostrato in dottrina, si trattava, addirittura, di una legge in luogo di provvedimento, personale, di sfavore ed autoapplicativa, che, dunque, incrociava «le tipologie generalmente ritenute a più alto indice di incostituzionalità»<sup>149</sup> (era il caso di revoca *ex lege* dell'incarico di Segretario generale del Consiglio regionale del Molise)<sup>150</sup>. Il Giudice delle leggi non solo non ha operato un controllo particolarmente penetrante ma, suscitando fondate perplessità, ha rigettato le censure prospettate dal rimettente<sup>151</sup>.

Lo scrutinio stretto sulle leggi provvedimento costituisce, dunque, allo stato attuale, un espediente retorico utilizzato dalla Corte, al quale non sembra corrispondere un sindacato *qualitativamente diverso* rispetto all'ordinario controllo di ragionevolezza<sup>152</sup>.

Sulla base di tale assunto, si è recentemente proposto in dottrina, onde rendere più efficace il controllo, di diminuire la centralità del canone di ragionevolezza e di incentrare maggiormente l'attenzione sul rispetto del principio di eguaglianza e degli artt. 24, 97 e 113 Cost.<sup>153</sup> Inoltre, si ritiene che la Corte dovrebbe procedere ad una classificazione più precisa delle varie tipologie di leggi-provvedimento al fine di tarare lo scrutinio sulle singole specificità.

In generale, sembra essere stato profetico Paladin, il quale, dopo aver affermato che mancava nella giurisprudenza costituzionale (era il 1969) una chiara visione di ciò che doveva essere la legge nel nostro ordinamento, preconizzava: «è facilmente prevedibile [...] che tale carenza continuerà a manifestarsi in avvenire, dato che la nostra Corte [...] non vuole irrigidire nulla in questo campo, ma intende al contrario esser libera di decidere caso per caso, secondo le specifiche esigenze della situazione e del momento»<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> La citazione è tratta dal n. 4 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta.

<sup>148</sup> C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, cit., 3739.

<sup>149</sup> G. FONTANA, *Legge provvedimentale regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalità: un'occasione mancata*, in *Giur. cost.*, 2014, 3794.

<sup>150</sup> Disposto dall'art. 2 della legge della Regione Molise 21 luglio 2010, n. 14.

<sup>151</sup> Definisce l'esito del giudizio «per nulla convincente (e per taluni versi sorprendente)» G. FONTANA, *Legge provvedimentale regionale*, cit., 3788.

<sup>152</sup> Si tratta di una considerazione assai diffusa in dottrina: la esprime, in termini simili a quelli usati nel testo, D. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi provvedimento: variabilità della soluzione ed "evanescenza" dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011, 4 s.

<sup>153</sup> G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, cit., 217 e cap. IV, il quale peraltro riprende e sviluppa la nota tesi di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, cit., 80 ss.

<sup>154</sup> L. PALADIN, *La legge come norma*, cit., 897.

Appare altresì evidente, anticipando riflessioni che verranno più diffusamente argomentate *infra*, che uno scrutinio stretto “all’americana” non può prescindere, prima ancora che dalla strutturazione di singoli test di giudizio – eventualmente diversificati per tipologia di legge-provvedimento – dal radicale ripensamento della generale ammissibilità di questa categoria di leggi. Emblematica dell’approccio da cui muove il Giudice delle leggi, invece, risulta la sentenza n. 347/1995, in cui la Corte, nel rigettare le censure sollevate nei confronti di una legge-provvedimento della Regione Campania, afferma che della *stretta necessità* della stessa legge si sarebbe potuto astrattamente dubitare: ciò che, se la Corte fosse partita da un rovesciamento dell’onere della prova, avrebbe dovuto condurre senza indugi alla caducazione della stessa o, comunque, alla effettiva verifica della sua necessità. Come già messo in luce, secondo il giudice costituzionale, non vi è, infatti, alcuna preclusione, in via di principio, all’approvazione di tali leggi: il dubbio sulla necessità di un siffatto intervento non è sufficiente per giungere alla declaratoria di illegittimità, dovendosi invece dimostrare, come avviene nella generalità dei casi, l’esistenza di specifici vizi della norma oggetto del giudizio.

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

### 2.1.1. (segue) *Le leggi di sanatoria di atti amministrativi*

Per leggi di sanatoria, come è noto, si intendono – in termini generalissimi, trattandosi di categoria anch’essa alquanto eterogenea – quelle leggi che conferiscono «definitiva stabilità a rapporti o situazioni giuridiche precarie, in quanto fondate su atti viziati o la cui consistenza giuridica appaia o sia stata dichiarata dubbia o irregolare»<sup>155</sup>. Esse, dunque, sarebbero caratterizzate – secondo la dottrina che maggiormente ha approfondito il tema – 1) dal *presupposto* che le legittima: la necessità di disciplinare concrete situazioni giuridiche sprovviste di sicura regolamentazione sulla base di atti precedenti di dubbia validità e 2) dallo *scopo* che esse perseguono, ossia la regolarizzazione di tali situazioni<sup>156</sup>. Secondo la più esaustiva classificazione, all’interno di questa categoria rientrano: a) le leggi di sanatoria di atti amministrativi; b) le leggi di sanatoria di precedenti regolamenti; c) le leggi di sanatoria di decreti-legge non convertiti; d) le leggi che sanano vizi formali di precedenti leggi; e) le leggi che ripristinano disposizioni dichiarate invalide dalla Corte costituzionale per vizi materiali<sup>157</sup>.

In questa sede si affronteranno esclusivamente i problemi posti dal tipo di legge di sanatoria indicata *sub a)*: ciò perché le altre presentano caratteristiche affatto peculiari e che, a quanto consta, non hanno costituito occasione per la Corte di utilizzare uno scrutinio stretto, anche se,

<sup>155</sup> Secondo la definizione di R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 294. Per la distinzione tra sanatoria e condono, *ivi*, 327 ss. Secondo A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 84, l’effetto fondamentale e caratteristico delle leggi di sanatoria è quello di «munire di un crisma di stabilità rapporti e situazioni giuridiche, la cui consistenza giuridica sia stata ritenuta od appaia dubbia o irregolare».

<sup>156</sup> R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 294 s.

<sup>157</sup> Ancora R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 296 ss.



forse, per alcune di esse, ciò sarebbe stato (e sarebbe tuttora) quantomeno auspicabile. Per tutte, sia sufficiente l'esempio delle leggi ripristinatorie (*pro praeterito* o *pro futuro*) di disposizioni dichiarate invalide, le quali pongono delicati problemi di rispetto del giudicato costituzionale e alle quali si farà un cenno *infra*<sup>158</sup>.

Come accennato in precedenza, e come confermato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>159</sup>, le leggi di sanatoria di atti amministrativi si collocano saldamente nell'alveo delle leggi-provvedimento<sup>160</sup>; tuttavia, date le loro peculiarità e la giurisprudenza specifica formatasi sul punto, che tende a distinguere, nei fatti anche se non nel *nomen*, lo scrutinio di costituzionalità rispetto a quello praticato per le altre leggi-provvedimento, esse sono qui oggetto di separata trattazione.

Le leggi di sanatoria pongono, come è evidente, delicati problemi in relazione alla certezza dei rapporti giuridici, alla tutela giurisdizionale di coloro i quali subiscono effetti sfavorevoli dai provvedimenti originariamente illegittimi (in potenziale contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.); esse possono eventualmente rivelarsi in contrasto anche con la tutela dell'affidamento e con lo stesso esercizio della funzione giurisdizionale (nel caso di atti amministrativi *sub iudice* o, addirittura, già dichiarati illegittimi). Il *quid pluris*, dal punto di vista della loro possibile illegittimità costituzionale, rispetto alle comuni leggi retroattive (essendo la retroattività carattere necessario di queste leggi)<sup>161</sup>, consiste proprio nel loro fare salvi atti adottati *contra legem*.

Una prima fase della giurisprudenza costituzionale mostrò un atteggiamento alquanto tollerante nei confronti delle leggi di sanatoria<sup>162</sup>: già in una decisione del 1959, il Giudice delle leggi chiarì subito che «pur essendo ammesso che la legge impugnata ha avuto il carattere di sanatoria, questo motivo della legge non può costituire un vizio di legittimità costituzionale di essa»<sup>163</sup>, né, a quanto sembra, la peculiare natura delle leggi in questione, per un lungo periodo, fu ritenuta tale da produrre effetti sulla densità del sindacato che veniva effettuato<sup>164</sup>.

Un primo importante segno di svolta, destinata a compiersi solo nel decennio successivo, si ebbe nel 1987, con la sent. n. 100, in cui il Giudice delle leggi invocò per la prima volta la necessità di un «controllo di maggior rigore» sulle leggi appartenenti alla categoria in esame: ferma l'astratta legittimità («in linea di principio») di un tale intervento legislativo, «è pur sempre necessario che *esso sia strettamente collegato alle specifiche peculiarità del caso*, tali da escludere che possa risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale – originariamente applicabile – con quella eccezionale successivamente emanata»<sup>165</sup>. La Corte fece salva, in quella

---

<sup>158</sup> Sul tema, v. F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002 e, per un riferimento anche alla giurisprudenza degli anni successivi, A. LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2011; ID., *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via principale*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2012.

<sup>159</sup> V. in tal senso Corte cost., sent. n. 211/1998 (n. 3.4 del *Considerato in diritto*).

<sup>160</sup> Che le leggi di sanatoria siano un tipo di leggi-provvedimento, peraltro, è affermazione assolutamente pacifica in dottrina: v. R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 377 s.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 168; G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, cit., 123 ss. Si tratta, in effetti, di leggi che disciplinano, per di più con efficacia retroattiva, situazioni concrete e determinate.

<sup>161</sup> Ciò è confermato, ad es., anche dalla sent. n. 108/2009, dove – riferendosi alla disposizione oggetto del giudizio – si dice che «essa non contiene una norma di sanatoria, in quanto dispone per il futuro» (n. 3 del *Considerato in diritto*).

<sup>162</sup> Lo ricorda A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria: «schemi» di giudizio di uno scrutinio «particolarmente» rigoroso*, in *Giur. cost.*, 1999, 127.

<sup>163</sup> Sent. n. 9/1959, n. 10 del *Considerato in diritto*.

<sup>164</sup> V., ad es., le sentt. nn. 70/1983 e 229/1986.

<sup>165</sup> N. 5 del *Considerato in diritto*.

occasione, la disposizione censurata (si trattava della norma che prevedeva la sanatoria di alcuni atti amministrativi adottati in occasione del terremoto dell'Irpinia), argomentando sulla base della situazione emergenziale a cui si era inteso fare fronte e della possibilità di ottenere comunque una forma di tutela giurisdizionale, tramite la quale ottenere anche una indennità per l'eventuale sacrificio patrimoniale subito.

La citata affermazione è stata successivamente confermata (con l'enfaticizzazione dell'*eccezionalità* della legge di sanatoria) e meglio specificata, precisandosi che lo scrutinio «estremamente rigoroso» deve essere volto a verificare il rispetto del principio costituzionale della parità di trattamento e deve garantire la salvaguardia da interferenze nei confronti dell'esercizio della funzione giurisdizionale (sent. n. 94/1995, relativa ad una legge della Regione siciliana che sanava decreti assessorili che avevano illegittimamente esteso, dal punto di vista territoriale e soggettivo, le agevolazioni economiche previste da una precedente legge regionale in tema di “fermo biologico” della pesca). La Corte, in quella occasione, accolse le censure formulate dal Commissario dello Stato, rilevando che la sanatoria non era sorretta da «*interessi pubblici, legislativamente rilevanti, di preminente importanza generale*».

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

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

Mancano, peraltro, così nette affermazioni nella giurisprudenza più recente, essendo stato solo sfiorato il tema in alcune ordinanze, emesse dal Giudice delle leggi, a cui si farà un cenno tra breve<sup>166</sup>.

Sinteticamente, come è stato messo in luce in dottrina, la Corte costituzionale sembra aver elaborato, seppur in forma non ancora definitivamente compiuta, degli «schemi» di giudizio per le leggi di sanatoria, mediante i quali si verificano la *ratio* della norma e le sue motivazioni sostanziali (anche attraverso l'utilizzo dei lavori preparatori)<sup>167</sup>. Particolarmente interessante è la citata considerazione secondo cui la legge di sanatoria *non trova giustificazione in se stessa*, ma deve invece essere collegata al perseguimento di un interesse pubblico. Affiorano anche, seppure

---

<sup>166</sup> Cfr. anche G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, cit., 129, secondo cui «nell'ultimo decennio, leggi di questo tipo non sono state più oggetto di giudizio di costituzionalità» (l'A. scriveva nel 2013).

<sup>167</sup> Sul punto, v. ancora A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria*, cit., 132 ss.

in modo non esplicito, controlli relativi alla congruità/adequatezza del mezzo prescelto e, anche, del collegamento mezzo-fine.

Tali affermazioni della Corte hanno fatto anche pensare ad una *presunzione di illegittimità costituzionale* di queste leggi<sup>168</sup>, superabile caso per caso, sulla base delle circostanze della specifica questione: in tal senso, effettivamente, depongono i principi enunciati dal giudice costituzionale, già citati, secondo cui esse sarebbero giustificate *soltanto* da uno stretto collegamento con il caso concreto. Da tale impostazione, sembra potersi desumere, infatti, che tale requisito non sia presunto (e, con esso, la legittimità costituzionale della normativa in questione) ma debba essere “provato” in corso di giudizio. Ciò è ancor più significativo se si rileva che altri Autori avevano messo in luce la presunzione di legittimità da cui la Corte muoveva nella prima giurisprudenza sulle leggi di sanatoria; una presunzione rafforzata dal loro scopo, ritenuto di indubbia utilità<sup>169</sup> (*id est*, quello di fornire il crisma della stabilità a rapporti giuridici quantomeno precari)<sup>170</sup>.

Qualche perplessità suscitano, rispetto a questa ricostruzione, alcune affermazioni giurisprudenziali, risalenti al 2006, che sembrano mitigare il rigore del sindacato e la stessa considerazione di questa categoria di leggi, che sarebbero illegittime solo nel caso in cui l'unico intento sia quello di «vanificare i giudicati»<sup>171</sup>: ciò, evidentemente, ribalterebbe la prospettiva appena indicata. Se questa posizione avesse a consolidarsi, infatti, sarebbe necessaria la *probatio* (diabolica?)<sup>172</sup> di una specifica volontà del legislatore di travolgere determinate pronunce aventi autorità di *res iudicata*: ciò che sarebbe ben lungi dal configurare uno scrutinio rigoroso sulle leggi in questione.

### 2.1.2. (segue) *Le leggi retroattive (non di sanatoria) e le leggi di interpretazione autentica*

Si è già accennato, in precedenza, che la possibilità di ricondurre le leggi c.d. “retroattive”<sup>173</sup> e quelle “di interpretazione autentica”<sup>174</sup> nell'ampio *genus* delle leggi-

---

<sup>168</sup> Così, espressamente, F. S. CANTELLA, *Leggi di sanatoria e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 1301, il quale però afferma che «essa non implica *a priori* la censurabilità del provvedimento normativo di sanatoria ma deve essere, tuttavia, assistita da un penetrante scrutinio alla stregua del principio di eguaglianza nonché [...] delle esigenze di affidamento, stabilità e certezza del diritto che vi si connettono». La stessa Corte, peraltro, sembra suffragare tale ultima affermazione, essendo ferma nel ribadire che le leggi di sanatoria non sono precluse in via di principio.

<sup>169</sup> R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 453; A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria*, cit., 127.

<sup>170</sup> Tale evoluzione della giurisprudenza costituzionale è segnalata anche da S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., 215 s.

<sup>171</sup> Cfr. ord. n. 352/2006: «non si ravvisa alcuno “straripamento” della funzione legislativa in quella giurisdizionale poiché, anche in casi del genere, legislatore e giudice continuano a muoversi su piani nettamente differenziati (il primo fornisce regole di carattere tendenzialmente generale e astratto, mentre il secondo applica tale diritto oggettivo a singola fattispecie); *censurabili sono piuttosto quelle leggi di sanatoria il cui unico intento è quello di incidere su uno o più giudicati*, non potendo essere consentito al legislatore di risolvere direttamente, con la forma di legge, concrete controversie» (enfasi aggiunta).

<sup>172</sup> Cfr. quanto osservato, in relazione però a quella giurisprudenza costituzionale che affermava l'illegittimità delle sole leggi interpretative intenzionalmente preordinate a interferire nei giudizi in corso, A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, 74, secondo cui ciò «conduce la Corte ad una analisi psicologica assai ardua, perché priva di elementi oggettivi [...] e perché estranea alla logica del giudizio incidentale».

<sup>173</sup> Non si può, ovviamente, affrontare in questa sede il tema della validità scientifica della dicotomia retroattività/irretroattività, messa in dubbio da M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, Parte Prima, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss.

provvedimento è questione dibattuta in dottrina: si segnala, a questo proposito, che la scelta di trattarne in questa sede prescinde dall'adesione all'una o all'altra tesi ma è invece collegata solo a ragioni di comodità espositiva.

L'analisi, nel medesimo paragrafo, della giurisprudenza in materia di leggi retroattive e di interpretazione autentica<sup>175</sup> è legata, invece, alla posizione che sembra prevalente all'interno della giurisprudenza costituzionale, la quale pure, sul tema delle leggi interpretative, è stata ambigua<sup>176</sup>, se non addirittura «labirintica»<sup>177</sup>. Come è stato da tempo sottolineato in dottrina, infatti, nella ormai pluridecennale giurisprudenza costituzionale, che rimonta alla sentenza n. 118 del 1957, convivono due differenti orientamenti. Un primo, oggi apparentemente minoritario, fa leva sulla tipicità strutturale delle leggi di interpretazione autentica, ricavando per esse limiti specifici e diversi dalle comuni leggi retroattive. Sono emblematiche di questa impostazione quelle pronunce che hanno censurato sedicenti leggi di interpretazione autentica perché il significato autoritativamente imposto dal legislatore non era in alcun modo riconducibile alla originaria disposizione: in questi casi il carattere pseudo-interpretativo veniva considerato vizio autonomo di legittimità (sent. n. 155/1990)<sup>178</sup>.

Una seconda tesi, confermata da numerose sentenze, ritiene invece che le due categorie di leggi, sostanzialmente, pongono gli stessi problemi<sup>179</sup> e, di conseguenza, incontrano gli stessi limiti<sup>180</sup>.

---

<sup>174</sup> Sulla difficoltà di una precisa definizione della categoria, v. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, 1 ss.

<sup>175</sup> Su tali leggi la letteratura è assai vasta: tra le opere di più ampio respiro, si v. A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, 1997; G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino, 1997; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit. Nella dottrina meno recente, un ampio contributo, che ricostruisce il tema anche in prospettiva storica e comparatistica, è quello di C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giuridici*, ed. provvisoria, Roma, 1942 e, successivamente, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 375 ss.

<sup>176</sup> Cfr. E. LIBONE, *La fisionomia delle leggi di interpretazione autentica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001, 119.

<sup>177</sup> Così A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, cit., 64 ss. Di una vera e propria Torre di Babele discorre L. ANTONINI, *Nella «Torre di Babele» della giurisprudenza costituzionale sulle leggi di interpretazione autentica: un caso particolare in materia elettorale*, in *Le Regioni*, 1997, 928 s.

<sup>178</sup> Su cui v. M. MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1990, 963 ss., che la definisce addirittura «una imprevista dichiarazione di guerra al legislatore».

<sup>179</sup> V. le affermazioni contenute nella sentenza n. 432/1997, secondo cui «non è necessario verificare se la disposizione censurata abbia carattere interpretativo, oppure, come ritiene il giudice rimettente, sia una norma puramente innovativa con efficacia retroattiva. Tanto nel caso della norma propriamente interpretativa, quanto in quello della norma semplicemente retroattiva, infatti, questa Corte ha già precisato che la legge rimane pur sempre soggetta al controllo di conformità rispetto al canone generale di ragionevolezza, che assume pertanto in materia un valore particolarmente stringente, in quanto riferito alla certezza dei rapporti preteriti, nonché al legittimo affidamento dei soggetti interessati» (n. 3 del *Considerato in diritto*). Più di recente, nel medesimo senso, v. sent. n. 41/2011: «Occorre premettere che questa Corte, nell'esaminare norme analoghe a quella oggetto del presente scrutinio, ha affermato che in tali casi ciò che rileva non è, in quanto fattore fondante di distinzione, il carattere interpretativo della norma impugnata, ovvero quello innovativo con efficacia retroattiva, non sussistendo a livello costituzionale, salvo che ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. in materia penale, un divieto assoluto di retroattività della legge. Il legislatore può, dunque, approvare sia disposizioni di interpretazione autentica, che chiariscono la portata precettiva della norma interpretata fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva» (n. 3 del *Considerato in diritto*).

<sup>180</sup> Lo rilevano, tra gli altri, A. ANZON, *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in EAD. (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica*, cit., 5; A. GARDINO CARLI, *Corte costituzionale e leggi interpretative tra un controverso passato ed un imprevedibile futuro*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica*, cit., 18 ss.

La giurisprudenza in materia di leggi retroattive si è costantemente fondata sull'affermazione che il principio di irretroattività della legge non ha dignità costituzionale nel nostro ordinamento, salvo che per le norme penali sfavorevoli (*ex art. 25 Cost.*), e, in parte, in materia tributaria (in relazione al collegamento con la capacità contributiva). L'art. 11 delle Preleggi – secondo il quale «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo» – pur esprimendo un «fondamentale valore di civiltà giuridica e [un] principio generale dell'ordinamento»<sup>181</sup>, non è stato ritenuto idoneo a costituire un (auto)vincolo per la azione del legislatore. Analogamente, la Corte, sin dalla già citata sentenza del 1957, ha avuto modo di affermare che la Costituzione non esclude affatto la possibilità di leggi interpretative e, come tali, retroattive.

Nonostante le leggi retroattive vengano sovente indicate in dottrina come quelle suscettibili di uno scrutinio stretto<sup>182</sup>, manca – come invece per le leggi-provvedimento – un numero consistente di decisioni in cui si affermi la necessità di tale più rigoroso controllo.

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

In altre decisioni<sup>183</sup>, più genericamente, si è ritenuto sufficiente, ai fini della legittimità, che la legge rispettasse il generale canone di ragionevolezza e non contrastasse con altri interessi costituzionalmente protetti. Non sembra emergere, pertanto, alcuna specificità rispetto al comune controllo di costituzionalità delle leggi (le quali, effettivamente, devono essere, in ogni caso, non irragionevoli e non in contrasto con disposizioni costituzionali); ciononostante la dottrina ha avuto modo di segnalare che, in qualche circostanza, la Corte ha delineato, in forma embrionale, dei test per valutare in particolare la lesione del principio dell'affidamento<sup>184</sup>, il quale, secondo una posizione già emersa nella giurisprudenza, gode di una copertura costituzionale.

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

Una seconda fase, più recente, contiene spunti nel senso di un sindacato *maggiormente penetrante* sulle leggi retroattive, il quale è stato in qualche modo provocato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come è noto, al pari della nostra Costituzione, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non contiene un generale divieto di retroattività delle leggi, fatta eccezione per le norme penali sfavorevoli (art. 7 CEDU).

Tuttavia, a partire da una serie di decisioni rese attorno alla metà degli anni Novanta, sulla base dell'art. 6 CEDU, il giudice sovranazionale ha individuato limiti piuttosto stringenti, arrivando a concludere che la retroattività della legge – laddove incida su controversie

---

<sup>181</sup> Così, tra le altre, Corte cost., n. 291/2003, n. 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>182</sup> R. BIN-G.PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 230 s.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 130; A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza*, cit., 136 (il quale si riferisce, in particolare, alle leggi di interpretazione autentica).

<sup>183</sup> V., ad es., la sent. n. 168/2004 e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>184</sup> V., in tal senso, P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, 3667, a commento della sentenza n. 446/2002.

giurisdizionali in corso – può trovare giustificazione solo nella esistenza di «motivi imperativi di interesse generale». La necessità di tenere conto di questa posizione – che si è venuta consolidando negli anni – è aumentata per effetto della modifica, nel 2001, dell'art. 117, primo comma, Cost., come interpretato dal Giudice delle leggi a partire dalle c.d. sentenze gemelle del 2007. A ciò si aggiunga che, in diverse decisioni, la Corte EDU ha adottato sentenze di condanna, per tale ragione, proprio nei confronti del nostro Paese<sup>185</sup>. La diversa impostazione da cui muovevano originariamente le due Corti era stata così efficacemente sintetizzata in dottrina: «se per la Corte costituzionale le leggi retroattive sono *legittime, purché ragionevoli* [alla stregua di un controllo più rigoroso?], per la Corte europea tali leggi sono *illegittime, salvo ricorrano motivi imperativi di interesse generale* che ne giustificano l'adozione»<sup>186</sup> (inciso aggiunto).

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

Come esempio di un approccio ancora timido al problema, e sostanzialmente analogo al precedente orientamento, può essere citata la sent. n. 41/2011 (che comunque conclude nel senso dell'accoglimento) in cui si afferma: «quello che rileva è [...] che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza, in una prospettiva di stretto controllo, da parte della Corte, di tale requisito, e *non contrasti* con valori ed interessi costituzionalmente protetti» (corsivo aggiunto).

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

Tale aspetto, nel commentare la sentenza n. 78/2012, è stato messo in luce da un'autorevole dottrina, la quale ha condivisibilmente segnalato la profonda differenza rispetto all'approccio tradizionale. Nella precedente prospettiva, infatti, «il principio del divieto di retroattività viene costruito in negativo (vengono indicati i casi finiti che vietano la retroattività, in tutti gli altri infiniti casi vige il principio della ammissibilità di leggi retroattive)» e, pertanto, «spetta a chi

---

<sup>185</sup> Si v., tra le altre, le sentt. 11 dicembre 2012, *De Rosa contro Italia*; 14 febbraio 2012, *Arras contro Italia*; 7 giugno 2011, *Agrati contro Italia*; 31 maggio 2011, *Maggio contro Italia*; Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino contro Italia*.

<sup>186</sup> Così G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, 390 (corsivi dell'A.). V. anche, in termini meno netti, P. CARNEVALE-G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2014, par. 5, che rilevano un rigore abbastanza diffidente, da parte della Corte EDU, nei confronti delle leggi retroattive, in contrapposizione all'orientamento improntato ad una certa clemenza della Corte costituzionale.

sostiene che c'è divieto l'onere di dimostrare che si ricade in uno dei principi costituzionali che rendono la retroattività inammissibile, mentre nulla deve dimostrare chi sostiene che la retroattività prevista dalla legge è ammissibile». Al contrario, sulla base del nuovo orientamento, «la ammissibilità della retroattività è costruita in positivo (è ammessa soltanto nei casi implicitamente ammessi dalla Costituzione) e dunque spetta a chi sostiene che la retroattività prevista non è contraria a Costituzione dimostrarlo e nulla deve dimostrare chi sostiene che la retroattività nel caso di specie non è costituzionalmente ammessa»<sup>187</sup>. La prospettiva del venir meno della presunzione di legittimità per il caso di leggi retroattive era già affiorata, peraltro, in una precedente sentenza, sulla base delle deduzioni delle parti private, riportate nel *Ritenuto in fatto*, le quali avevano sostenuto che «le leggi retroattive [...] vanno scrutinate con un particolare rigore, non essendo assistite da alcuna “presunzione di legittimità”»<sup>188</sup>.

La giurisprudenza costituzionale in tema di leggi retroattive e di interpretazione autentica è particolarmente ricca e di essa non è possibile dar conto esaustivamente in questa sede. Con esclusivo riferimento all'anno scorso, la Corte costituzionale ha avuto diverse occasioni di pronunciarsi su leggi retroattive o di interpretazione autentica. Ad uno sguardo complessivo, permane l'incoerenza di fondo per cui si afferma, da un lato, che il legislatore può emanare disposizioni retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale» (ord. n. 92/2014; sent. n. 156/2014), ma si afferma poi che «la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica [...] non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario» (ancora ord. n. 92/2014). L'unico modo per superare tale contrasto sarebbe, forse, quello di aderire ad una concezione dichiarativa delle leggi di interpretazione autentica, secondo la quale il legislatore si limita a scegliere tra una pluralità di norme già presenti nella disposizione originaria (e tale da non richiedere giustificazione giacché la retroattività sarebbe solo apparente)<sup>189</sup>: si tratta, peraltro, di posizione che è stata da tempo sottoposta a convincente critica in dottrina<sup>190</sup>.

Appare più coerente (anche se non pienamente) quella giurisprudenza che ritiene legittima la norma che assegna definitivamente alla disposizione originaria un significato già in essa contenuto, laddove effettivamente sussistano contrasti giurisprudenziali sul punto, ritenendosi in questo caso che il valore della certezza del diritto sia principio di rango costituzionale che giustifica la retroattività (sent. n. 156/2014). In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire una «situazione di oggettiva incertezza» del dato normativo, in ragione di un dibattito giurisprudenziale irrisolto (in tal senso, sent. n. 311/2009). Per quanto sia da dimostrare che ciò basti a integrare un «motivo imperativo di interesse generale», sembra comunque che la

---

<sup>187</sup> Così G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive*, cit., 1074, nota 4.

<sup>188</sup> Sent. n. 121/2002, n. 7 del *Ritenuto in fatto* (la Corte, peraltro, dichiarò inammissibile l'intervento delle parti in questione).

<sup>189</sup> Per questa considerazione, tra gli altri, v. G. SERGES, *Norme sulla normazione e limiti all'interpretazione autentica (Brevi riflessioni a margine del recente «Statuto dei diritti del contribuente»)*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 290 s., il quale segnala i rischi insiti in tale ricostruzione.

<sup>190</sup> Si v., in particolare, A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., cap. III, che definisce tale tesi «infondata».

prospettiva di valutazione della legittimità si muova nel senso auspicato dalla Corte di Strasburgo.

Come evidenziato, dunque, la giurisprudenza costituzionale sembra ancora in cerca di punti fermi. Ad avviso di chi scrive, un convincente punto di approdo potrebbe essere il seguente: mantenere ferma, ovviamente, la presunzione di illegittimità *iuris et de iure* di una norma penale retroattiva *in malam partem*; adottare una presunzione di legittimità relativa per le altre leggi retroattive, come di fatto ormai impone la giurisprudenza della Corte EDU. Ciò significherebbe verificare, caso per caso, la sussistenza di motivi imperativi di interesse generale che rendano necessaria la retroattività della disposizione (che, ovviamente, non deve comunque contrastare con altri principi costituzionali). Ciò significa, con specifico riguardo alle leggi interpretative, abbandonare quella posizione, che ancora affiora in qualche pronuncia, secondo cui il carattere “realmente” interpretativo della disposizione vale da solo ad escludere un vizio di legittimità.

Le prospettive di un *vero scrutinio stretto di costituzionalità* sulle comuni leggi retroattive e sulle leggi di interpretazione autentica sembrano essere dunque essenzialmente legate al confronto dialettico con la Corte europea dei diritti dell’uomo. In particolare, la valutazione sul fine perseguito dal legislatore (legato ad un motivo imperativo di interesse generale), se accolta nella sua accezione testuale, potrebbe rendere veramente penetrante il controllo sulle leggi retroattive (per il carattere di “imperatività” dei motivi che possono giustificare la retroattività). Certo è che si tratta di valutazione che può essere meglio svolta dalla Corte costituzionale, rispetto ai giudici di Strasburgo, nell’ottica di quella condivisibile ricostruzione che vede il Giudice delle leggi offrire una tutela complessiva, di carattere ordinamentale, rispetto alla tutela parcellizzata e essenzialmente casistica che offre la Corte sovranazionale<sup>191</sup>.

## 2.2. Le leggi di «avocazione in sussidiarietà»

Un presupposto giustificante l’adozione dello scrutinio stretto è stato individuato dalla Corte costituzionale nell’ambito della complessa attività di interpretazione/attuazione del Titolo V della Parte II Cost., come modificato dalla riforma del 2001: si intende far riferimento a quei casi in cui lo Stato avoca in sussidiarietà l’esercizio di funzioni amministrative e, conseguentemente, quello della funzione legislativa<sup>192</sup>, come riconosciuto a partire dalla sent. n. 303/2003<sup>193</sup>, redatta da Carlo Mezzanotte<sup>194</sup>.

Come è noto, a partire da quella storica e controversa decisione<sup>195</sup>, il Giudice delle leggi ha inserito un elemento di mobilità nel rigido schema di riparto per materie previsto dall’art. 117

---

<sup>191</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 264/2012 (spec. n. 5.4 del *Considerato in diritto*), a commento della quale v. C. PINELLI, «Valutazione sistematica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.*, 2012, 4228 ss.

<sup>192</sup> Sul tema v. G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009.

<sup>193</sup> In cui un’attenta dottrina ha intravisto «bagliori di potere costituente» (così A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003, 1).

<sup>194</sup> Tale pronuncia è inserita tra quelle più significative dell’illustre studioso e giudice da F. GALLO, *Introduzione*, in C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente* [1979], Napoli, 2014, XXIV, il quale la definisce «celebre sentenza-trattato».

<sup>195</sup> Ampiamente commentata in dottrina: v., senza pretesa di completezza, i seguenti contributi pubblicati nel *Forum di Quaderni costituzionali*: A. ANZON, *Flessibilità dell’ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*; A. D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*; A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale*



Cost., sulla base del principio di sussidiarietà verticale, espressamente previsto solo con riferimento all'esercizio delle funzioni amministrative (art. 118, primo comma, Cost.), facendo leva sulla necessità di "trascinare verso l'alto" anche l'esercizio della relativa funzione legislativa (sulla base del principio di legalità)<sup>196</sup>. Diversamente opinando, peraltro, si verificherebbe la situazione – invero paradossale, oltre che difficilmente praticabile – di venti diverse leggi regionali che disciplinano l'esercizio unitario della stessa funzione amministrativa da parte dello Stato.

La creazione giurisprudenziale di questo meccanismo di attrazione in sussidiarietà pone una serie di problemi e presta il fianco ad una serie di critiche, che non è possibile in questa sede affrontare; ciò che qui interessa sono i test di giudizio elaborati dal Giudice delle leggi e il concreto utilizzo che ne è stato fatto nella giurisprudenza successiva. A tale riguardo, la Corte ha precisato che «i principî di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la *valutazione dell'interesse pubblico* sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia *proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità*, e sia oggetto di un *accordo* stipulato con la Regione interessata».

Nella sentenza n. 303, la Corte aveva, tra l'altro, lasciato impregiudicata la possibilità di attrazione in sussidiarietà da parte dello Stato nell'ambito di materie di competenza c.d. residuale (giacché non era in questione in quel caso), nodo che ha sciolto in senso positivo con la sentenza n. 6 del 2004. In tale occasione, il Giudice delle leggi, ritornando sui requisiti costituzionali di legittimità dell'intervento dello Stato, ha affermato la necessità che: 1) esso, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, risponda ad *esigenze di esercizio unitario* delle funzioni amministrative; 2) la legge detti una disciplina *logicamente pertinente*, idonea alla regolazione di tali funzioni, e che risulti *limitata* a quanto strettamente indispensabile a tal fine; 3) ciò avvenga a seguito di *procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti* attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, attraverso la previsione di adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali. In particolare, è ritenuto che l'accordo con la Regione, in caso di pervasività dell'intervento statale, debba avere i caratteri di un'intesa in senso forte.

La Corte, dunque, ha stabilito requisiti di carattere sostanziale e procedurale che devono essere rispettati nell'avocazione al centro, al contempo, di funzioni amministrative e legislative: da ciò emerge la volontà del Giudice delle leggi di circoscrivere i margini di azione dello Stato, onde evitare che la clausola di sussidiarietà possa divenire un grimaldello attraverso cui scardinare, da un lato, il nuovo riparto di competenze legislative – che, nell'intenzione del legislatore di revisione costituzionale, doveva accrescere l'autonomia regionale – e, dall'altro, l'allocazione delle funzioni amministrative al livello più vicino agli amministrati (il Comune, come regola generale).

I risultati, invero, sono solo parzialmente soddisfacenti. In sede di commento alla prima decisione, in dottrina si era sottolineato che la vera garanzia del disegno costituzionale non

---

*collaborazione e strict scrutiny*. La sent. n. 303/2003 è stata oggetto, insieme alla n. 14/2004, delle riflessioni di vari Autori, dedicate alla memoria di C. Mezzanotte e pubblicate nella Rivista *Le Regioni*, fasc. 4-5/2008.

<sup>196</sup> Critica questa impostazione A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 170, secondo cui un più saldo fondamento sarebbe costituito dalla necessità dell'esercizio unitario della funzione, che implica la necessità che unitaria ne sia anche la disciplina normativa.

potrebbe che risiedere in un vero scrutinio stretto, con inversione dell'onere della prova, non essendo sufficiente il sistema delle intese<sup>197</sup>. Lo scrutinio annunciato dalla Corte, invece, è stato solo raramente rigoroso: in numerose occasioni il Giudice delle leggi ha avallato l'intervento statale con motivazione stringata, basandosi su un'affermata (ma spesso non sufficientemente dimostrata) esigenza unitaria sottesa all'esercizio delle funzioni di volta in volta in questione: si pensi, ad esempio, alla sent. n. 151 del 2005, in tema di contributo economico per gli utenti al fine di favorire la diffusione del digitale terrestre, che venne, in modo piuttosto disinvolto, collegato al principio del pluralismo informativo.

Costituisce una significativa eccezione, ad esempio, la sentenza n. 232 del 2011<sup>198</sup>. In questo caso la Corte svolse uno scrutinio assolutamente penetrante e rilevò l'assenza, nella normativa impugnata, dell'esplicitazione «sia dell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario perseguito attraverso tali funzioni, sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza, di detta avocazione rispetto al fine voluto ed ai mezzi predisposti per raggiungerlo, sia della impossibilità che le funzioni amministrative *de quibus* possano essere adeguatamente svolte agli ordinari livelli inferiori». La dottrina ha ravvisato in questa decisione un segnale dell'opportunità dell'introduzione di una motivazione per le leggi di avocazione in sussidiarietà<sup>199</sup>.

Generalmente insoddisfacente è stato il controllo svolto in relazione ai requisiti della proporzionalità dell'intervento statale, sovente assorbiti in quello dell'esigenza di esercizio unitario. Ben più rigoroso – anche se non senza eccezioni – è stato invece il controllo sul rispetto dei requisiti procedurali, che ha condotto la Corte alla parziale declaratoria di illegittimità della normativa statale, proprio nella parte in cui non prevedeva (o prevedeva in misura insufficiente) il coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni<sup>200</sup>, ovvero della singola Regione interessata in sede di concreto esercizio delle funzioni amministrative, come accaduto – a titolo meramente esemplificativo – nelle sentt. nn. 242/2005, 165/2007, 76/2009, 163/2012.

Nella giurisprudenza costituzionale, il requisito dell'intesa, di fatto, sembra supplire alla concreta difficoltà (o alla mancata volontà) di far valere gli altri criteri di giudizio. Da ciò consegue, tuttavia, che la Corte implicitamente afferma, in buona sostanza, la derogabilità, in via

---

<sup>197</sup> L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà*, cit., par. 8, secondo cui «In caso di conflitto costituzionale [...] non è la mera previsione di una intesa (futura e incerta) a offrire sufficiente presidio ad enti che si considerassero non sussidiati ma espropriati di competenze; ben di più, un arbitro imparziale dovrebbe essere messo in grado di valutare con obiettività se esistono ragioni corrette per l'emanazione delle norme contestate per violazione del regime di competenza e per violazione del principio di sussidiarietà. E questo a riprova che il vero presidio della sussidiarietà non è (o non è solo) l'intesa ma uno scrutinio stretto, suffragato da sufficienti prove offerte secondo la logica dell'inversione del relativo onere». In senso diverso, v. R. TOSI, *Competenze statali costituzionalmente giustificate e insufficienza del sindacato*, in *Le Regioni*, 2008, 878, che, ragionando alcuni anni dopo sulla sent. n. 303/2003, osserva: «[...] devo ammettere che subito mi è sembrata poco credibile una puntualizzazione capace di condurre il sindacato sul piano dello scrutinio stretto, pure espressamente richiamato dalla sentenza n. 303. La ragionevolezza e la proporzionalità dell'intervento statale rivolto alla cura di interessi nazionali erano già predicate in vigenza del vecchio Titolo V, senza che quei canoni siano mai riusciti a tradursi in un serio sindacato [...]»; riferite alcune decisioni degli anni 2005-2008, l'A. aggiunge che la Corte ha deciso quelle controversie senza neppure pretendere «che l'onere della prova sulla necessità e la giustificazione della deroga cada sullo Stato resistente: cosicché l'alternativa al consenso nei confronti di pretese statali apodittiche finisce per assumere i toni di un giudizio arbitrale, oggi più ancora che in passato precluso, dal momento che non esiste un riparto costituzionale delle funzioni amministrative».

<sup>198</sup> Su cui v. G. COINU, *Semplificazione amministrativa e "zone a burocrazia zero": quando il troppo stroppia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; M. MENGOZZI, *Chiamata in sussidiarietà ed "esplicitazione" dei relativi presupposti*, in *Consulta Online*, Studi 2012.

<sup>199</sup> Si esprime in tal senso M. MENGOZZI, *Chiamata in sussidiarietà*, cit., 9 ss.

<sup>200</sup> Ad es., v. sent. n. 63/2008.

convenzionale, del riparto di competenze legislative previsto in Costituzione (ciò che, invero, non sembra pienamente convincente). Nei fatti, sembra potersi affermare che il giudice costituzionale sia poco propenso a seguire lo schema di giudizio elaborato nella sentenza n. 303/2003 e ribadito in successive occasioni e, dunque, ad effettuare un vero scrutinio stretto.

Peraltro, trattandosi di questione che emerge generalmente nell'ambito di un giudizio proposto in via diretta, la Corte potrebbe effettivamente valutare l'opportunità di distribuire precisamente gli oneri argomentativi tra Stato e Regioni, quanto alla "prova" delle esigenze di esercizio unitario, dell'inadeguatezza del livello inferiore, della proporzionalità dell'intervento etc.

### 2.3. *Le leggi che discriminano sulla base dei fattori di cui all'art. 3, primo comma, Cost.*

Come si accennava in precedenza, secondo alcuni Autori, il collegamento tra le qualità soggettive indicate dall'art. 3, primo comma, Cost. ed una determinata disciplina normativa produce una presunzione di illegittimità costituzionale della normativa in questione, proprio per l'utilizzo, da parte del legislatore, di fattori la cui considerazione appare preclusa in via di principio (mutuando la *colorblindness* di cui discorre la Corte Suprema statunitense<sup>201</sup>, si è detto che la legge deve essere "cieca" rispetto a tali connotati soggettivi)<sup>202</sup>.

Il Giudice delle leggi – pur avendo in numerose occasioni scrutinato (e, sovente, ritenuto incostituzionali) norme che attribuivano rilievo a distinzioni soggettive tra quelle vietate dall'art. 3, primo comma, Cost.<sup>203</sup> – solo in una sentenza piuttosto recente (n. 249/2010), ha esplicitamente affermato che «[...] le "condizioni personali e sociali" fanno parte dei sette parametri esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno *scrutinio stretto* delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle "qualità" elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline»<sup>204</sup>.

Si trattava, in quella occasione, della questione di legittimità costituzionale della circostanza aggravante comune della permanenza illegale sul territorio nazionale (art. 61, numero 11-*bis*, c. p.)<sup>205</sup>, in cui, evidentemente, la «condizione personale» era costituita dall'essere straniero illegalmente presente sul suolo italiano.

In realtà, la Corte ha fatto leva non solo sul citato criterio di distinzione, ma anche sul fatto che la disposizione incidesse sul godimento di un diritto fondamentale (quello alla libertà personale), enfatizzando congiuntamente gli elementi che, anche isolatamente, nella giurisprudenza della Corte Suprema giustificano il ricorso allo *strict scrutiny* (v. *supra*, par. 1).

La Corte ha significativamente affermato che lo scrutinio stretto rende necessario un *vaglio positivo di ragionevolezza* (secondo quanto enunciato anche in un contesto diverso, ossia in tema

---

<sup>201</sup> Si tratta di una espressione utilizzata dal Giudice Harlan, nel suo *dissent* alla sentenza *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537 (1896), 559 – nella quale la Corte non sanzionò la dottrina del «separate but equal». Scrisse Harlan: «*Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved*».

<sup>202</sup> A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* [1994], cit., 4.

<sup>203</sup> Si v., ad esempio, le pronunce citate da A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, cit., 381 ss.

<sup>204</sup> Corte costituzionale, sent. n. 249/2010, n. 4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>205</sup> Introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera f), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125.

di deroga alla retroattività della *lex mitior*)<sup>206</sup>: la ragionevolezza (e, dunque, la legittimità costituzionale) della disciplina legislativa sembrerebbe non essere presunta, ma richiederebbe invece di essere dimostrata.

In questa decisione, tuttavia, il Giudice delle leggi non ha indicato gli elementi la cui sussistenza deve essere accertata per vincere la presunzione di illegittimità di una normativa che incida negativamente sul godimento di un diritto fondamentale, sulla base di una classificazione sospetta *ex art. 3*; o meglio, non lo ha fatto in termini generali bensì solo con riferimento specifico al deteriore trattamento sanzionatorio, che deve rispondere alla «logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati».

#### 2.4. *Le leggi che incidono su diritti inviolabili*

Nella sentenza n. 63 del 1994, richiamando un precedente di tre anni prima (sent. n. 366 del 1991), in cui non si era fatto espresso riferimento ad un controllo maggiormente penetrante, la Corte costituzionale ha invocato il più rigoroso scrutinio in tema di limitazione di diritti inviolabili.

La questione si pose, in quella occasione, in termini piuttosto peculiari: il giudice rimettente, infatti, non chiedeva alla Corte di verificare la legittimità di una disposizione limitativa di un diritto costituzionale, bensì al contrario, di estenderne la portata. Ci spieghiamo meglio: il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, c.p.p. nella parte in cui consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti penali (*scil.*, diversi da quelli per cui le intercettazioni sono state autorizzate) solo nel caso in cui si proceda per reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Ciò che si intendeva ottenere, dunque, mediante una sentenza di accoglimento, era la possibilità di utilizzare pienamente le intercettazioni in qualunque altro procedimento penale.

Il Giudice delle leggi ha spiegato che una regola siffatta si sarebbe rivelata, essa sì, illegittima, per violazione dell'art. 15 della Costituzione: la versione in vigore dell'art. 270 c.p.p. costituiva già il massimo della limitazione del diritto costituzionalmente tollerabile. Ciò poteva essere argomentato sulla base della posizione, già accennata nella citata sentenza del 1991, per cui «la verifica della legittimità costituzionale della norma [...] deve avvenire secondo i *principi del più rigoroso scrutinio*, nel senso che [...] occorre esaminare se la restrizione prevista sia *diretta al soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante* e, nello stesso tempo, *risulti circoscritta alle operazioni strettamente necessarie alla tutela di quell'interesse*».

In questo caso, evidentemente, la Corte mutua, in termini quasi letterali, la tecnica della Corte Suprema americana, utilizzando i medesimi test di giudizio, che attengono sia alla finalità perseguita (il soddisfacimento di un *interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante*) sia ai mezzi utilizzati (che devono essere circoscritti alle operazioni *strettamente necessarie* alla tutela dell'interesse). Per quanto riguarda l'interesse pubblico può rilevarsi che l'ambito che giustifica l'intervento del legislatore appare maggiormente ampio, non richiedendosi che l'interesse sia «impellente», bensì semplicemente «primario», ancorché costituzionalmente rilevante.

---

<sup>206</sup> Sentt. nn. 393/2006 e 72/2008.

Quanto a tale aspetto, la Corte, nella sentenza in esame, richiama l'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono, in un «contesto sociale caratterizzato dalla seria minaccia alla convivenza sociale e all'ordine pubblico rappresentata dalla *criminalità organizzata*» (si rammenti che la sentenza è del 1994), che consente di ritenere non irragionevole il bilanciamento operato dal legislatore. Quanto al secondo profilo (il mezzo), il Giudice delle leggi rileva non solo che il legislatore ha apprestato disposizioni che garantiscono il contraddittorio tra le parti ma ha anche previsto che l'utilizzazione può avvenire *nei limiti in cui gli elementi raccolti con le intercettazioni risultino "indispensabili" per l'accertamento di specifici delitti*: «ciò significa che la deroga eccezionalmente prevista al divieto stabilito dall'art. 270, primo comma, c.p.p. si mantiene entro i precisi confini della stretta *necessarietà della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico primario che la giustifica*».

La Corte sembrava, in tal modo, annunciare una svolta definitiva nella formalizzazione di uno specifico criterio sulla base del quale valutare, in generale, la legittimità costituzionale di interventi volti a limitare i diritti inviolabili. In particolare, sembrava aggiungersi una nuova conseguenza del riconoscimento dell'inviolabilità di un diritto, oltre alla irriducibilità (nel senso di sottrazione, almeno del nucleo duro, alla revisione costituzionale)<sup>207</sup>, alla capacità germinativa di nuovi diritti (sulla base della tesi interpretativa proposta da Franco Modugno)<sup>208</sup> e alla prevalenza in un eventuale giudizio di bilanciamento.

La decisione in questione – come quella del 1991 – è rimasta, tuttavia, talmente isolata<sup>209</sup> nella giurisprudenza costituzionale da ingenerare il sospetto che essa fosse legata alla personalità del redattore di entrambe, illustre studioso di diritti fondamentali<sup>210</sup> e particolarmente attento alle suggestioni provenienti dall'esperienza nordamericana<sup>211</sup>.

Non sembra smentire quest'ultima affermazione la sent. n. 445 del 2002, in cui si affrontò la questione di legittimità costituzionale di una norma che poneva il celibato, il nubilito o la vedovanza come requisito per il reclutamento nella Guardia di finanza. La Corte riconobbe che essa violava il diritto di accedere in condizioni di eguaglianza agli uffici pubblici, secondo i requisiti stabiliti dalla legge (articolo 51, terzo comma, Cost.), poiché «l'assenza di vincolo coniugale non può configurarsi come legittimo requisito attitudinale per l'accesso agli impieghi in questione». Non solo: la disposizione citata, secondo il Giudice delle leggi, incideva indebitamente «in via indiretta ma non meno effettiva, sul diritto di contrarre matrimonio»; trattandosi di normativa che limitava un diritto fondamentale, si rendeva necessario uno scrutinio «più stretto». Ciononostante, la Corte non ha richiamato i test di giudizio relativi all'interesse pubblico e al mezzo utilizzato.

Non può, dunque, non ribadirsi che tali affermazioni sono state rare nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che pure frequentemente ha occasione di confrontarsi con leggi che, in varia misura, dispongono limitazioni a diritti fondamentali e che sono soggette, ovviamente, alla

---

<sup>207</sup> Per questa impostazione v., tra gli altri, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, 177 s. *Contra* A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 41 ss.

<sup>208</sup> F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 7 ss.

<sup>209</sup> Le due sentenze *Baldassarre*, cui si faceva riferimento in apertura del paragrafo, sono state anche richiamate nella sentenza n. 249/2010, di cui già ci siamo occupati nel paragrafo precedente.

<sup>210</sup> Si v., ad es., A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; ID., *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; ID., *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; ID., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, Tomo I, 63 ss.

<sup>211</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974.

verifica della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore. Il Giudice delle leggi ha mostrato chiaramente di preferire una diversa tecnica di controllo che, pure, talvolta presenta punti di contatto con i test di scrutinio stretto a cui si è fatto riferimento nella sentenza del 1994: come è stato messo in luce dalla dottrina, infatti, la Corte ha utilizzato, anche di recente, i test di necessità, sufficienza e proporzionalità<sup>212</sup>. Tuttavia, ricondurre ogni verifica sulla ragionevolezza del bilanciamento effettuato dal legislatore allo scrutinio stretto sarebbe, al contempo, certamente eccessivo e probabilmente fuorviante. I test generalmente utilizzati dalla Corte, infatti, non possiedono la rigidità propria dello scrutinio stretto – almeno inteso nel senso della Corte Suprema americana.

#### 2.5. *Le leggi che derogano al criterio territoriale di competenza della giustizia amministrativa*

Una nuova ipotesi di «scrutinio rigoroso» è emersa a partire da una sentenza del 2014 (la n. 159)<sup>213</sup>, in cui la Corte è stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale della devoluzione al TAR Lazio<sup>214</sup> della competenza funzionale inderogabile sui provvedimenti dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata<sup>215</sup>.

Il Giudice delle leggi – anche per effetto dell’espansione quantitativa delle controversie attribuite alla competenza funzionale del TAR Lazio<sup>216</sup> – ha evidenziato la necessità di sottoporre ad un controllo maggiormente stringente («rigoroso») le deroghe al principio dell’articolazione territoriale (e della relativa competenza) degli organi di primo grado della giustizia amministrativa, disposto dall’art. 125 Cost. Se così non fosse – si è aggiunto – il citato precetto costituzionale «si esporrebbe al rischio di venire svuotato ad opera del legislatore statale, che potrebbe gradualmente vanificare l’articolazione regionale» dei tribunali amministrativi<sup>217</sup>.

La Corte, nella decisione citata, si è spinta oltre un generico richiamo ad un più rigoroso sindacato, e ha precisato i *test* che le leggi in questione debbono superare ai fini del rigetto della questione di costituzionalità, richiedendosi che: 1) ogni deroga al criterio territoriale sia disposta in vista di uno *scopo legittimo*, giustificato da un *idoneo interesse pubblico*; 2) la medesima deroga sia contraddistinta da una *connessione razionale rispetto al fine perseguito*; 3) essa risulti *necessaria rispetto allo scopo perseguito* «in modo da non imporre un irragionevole stravolgimento degli ordinari criteri di riparto della competenza in materia di giustizia amministrativa».

Per quanto concerne l’interesse pubblico, il Giudice delle leggi ha contribuito a definirlo in negativo (stabilendo ciò che, di per sé, non è idoneo a giustificare la deroga) e, segnatamente, l’«esigenza di assicurare l’uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado», la quale in effetti è «astrattamente configurabile rispetto ad ogni categoria di controversie».

---

<sup>212</sup> V. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 104 ss.

<sup>213</sup> Su questa sentenza e sulla giurisprudenza successiva, v. V. CERULLI IRELLI, *Sul principio «territoriale» della competenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Giur. cost.*, 2014, 2545 ss.; P. DE LISE, *La giurisprudenza costituzionale sulla competenza funzionale del T.A.R. del Lazio*, *ivi*, 2989 ss.

<sup>214</sup> Sede di Roma.

<sup>215</sup> Prevista dall’art. 135, comma 1, lett. p), c.p.a.

<sup>216</sup> Già segnalata dalla dottrina amministrativistica, che ha rilevato come la frequenza e l’importanza di tali previsioni «finiscono con l’attribuire al Tar Lazio, rispetto agli altri Tar, un ruolo di preminenza che per lo meno non sembra trovare riscontro nell’art. 125 Cost.» (così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., Torino, 2012, 224).

<sup>217</sup> Sent. n. 159/2014, n. 3.4 del *Considerato in diritto*.

È interessante evidenziare una significativa evoluzione rispetto alla giurisprudenza precedente – nonostante il tentativo, condotto nella sentenza, di rintracciare una piena continuità – largamente improntata al riconoscimento di una ampia discrezionalità legislativa in *subiecta materia*, come in generale nella disciplina degli istituti processuali. Vero è che la Corte, già nel 2007, aveva affermato la necessità di utilizzare un «criterio rigoroso» nel vagliare le ipotesi di deroga al riparto su base territoriale<sup>218</sup>, ma è anche vero che non solo essa non aveva elaborato alcuno schema di giudizio, ma aveva espressamente affermato – in modo che a chi scrive appare contraddittorio – che il criterio citato era volto a verificare la «non manifesta irragionevolezza» della scelta del legislatore. Inoltre, la Corte aveva in quell'occasione ribadito la posizione precedentemente espressa per cui l'attribuzione di determinate controversie alla competenza funzionale del TAR Lazio non era tale da alterare il sistema di giustizia amministrativa<sup>219</sup>, specificando, tuttavia, che ciò è vero «in special modo quando esistono ragioni idonee a giustificare la deroga agli ordinari criteri di ripartizione della competenza tra gli organi di primo grado [...]»<sup>220</sup>.

Il nuovo schema di giudizio sopra riportato è stato applicato, compresa la decisione in cui è stato per la prima volta elaborato, per tre volte: per effetto di esso, la Corte è giunta, due volte, a rigettare le questioni di legittimità costituzionale (sentt. nn. 159 e 182/2014) e, in una occasione, ad accoglierla (sent. n. 174/2014).

Nella già menzionata sentenza n. 159, la Corte ha ritenuto che la concentrazione in un unico tribunale dell'esame delle controversie già citate rispondesse, tra l'altro, 1) «all'esigenza di evitare che i singoli atti dell'Agenzia, anche se afferenti ad un'unica vicenda giudiziaria o riguardanti beni appartenenti ad un'unica organizzazione criminale, siano impugnabili davanti a diversi TAR locali [...] a detrimento della visione d'insieme». Per altro verso, la scelta del legislatore è apparsa giustificabile 2) alla luce del fatto che l'Agenzia ha carattere di *amministrazione centrale dello Stato, i cui atti trascendono gli interessi delle comunità locali*.

Nella successiva decisione n. 174 veniva in rilievo ancora un'ipotesi di competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, ed esattamente quella relativa alle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti emessi dall'autorità di polizia inerenti al rilascio di autorizzazioni in materia di giochi pubblici con vincita in denaro<sup>221</sup>, che è stata colpita dalla scure della illegittimità costituzionale. La Corte ha preliminarmente evidenziato che si tratta di provvedimenti adottati da un'autorità periferica dello Stato (la questura), collegati ad interessi di carattere squisitamente locale. Il Giudice delle leggi ha inoltre negato l'esistenza di altre finalità *di rilievo costituzionale* che potessero giustificare la deroga, mancando – ad esempio – la straordinarietà della situazione, la necessità di fronteggiare un'emergenza o l'esistenza di un peculiare *status* dei destinatari dei provvedimenti. Il Giudice delle leggi – tenendo fede a quanto già affermato nella sent. n. 159 – ha ribadito che l'esigenza di uniformità di giudizio non è da

---

<sup>218</sup> Sent. n. 237/2007, n. 5.3.1 del *Considerato in diritto*. Si trattava della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2-bis, del decreto-legge 30 novembre 2005, n. 245 (*Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania*), aggiunto dalla legge di conversione 27 gennaio 2006, n. 21, secondo cui – nelle situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225 – «la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma». La Corte sottolineò, nel rigettare la questione, la straordinarietà della situazione di emergenza.

<sup>219</sup> In tal senso la Corte si era espressa con la sentenza n. 189/1992, n. 2.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>220</sup> V. ancora la sent. n. 237/2007, n. 5.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>221</sup> Prevista dall'art. 135, comma 1, lett. q-quater), c.p.a.

sola idonea a giustificare un regime processuale differenziato, giacché essa viene in ogni caso garantita in sede di gravame, come per tutte le controversie, dal Consiglio di Stato e dalla sua Adunanza plenaria.

Infine, nell'ultima decisione in materia (la n. 182/2014, di rigetto), la Corte si è occupata della competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio<sup>222</sup> sulle controversie relative ai provvedimenti di scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguenti a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso<sup>223</sup>. La Corte ha rilevato, anzitutto, che il potere di scioglimento degli organi elettivi costituisce una «misura governativa straordinaria di carattere sanzionatorio», funzionale al contrasto alla criminalità organizzata e che si colloca, per una pluralità di ragioni, sul piano degli atti di alta amministrazione, e precisamente su quello degli «atti dell'amministrazione centrale dello Stato (in quanto emessi da organi che operano come *longa manus* del Governo) finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali» (rientranti nella materia dell'ordine pubblico e della sicurezza).

In maniera forse apodittica, la Corte ha evidenziato che la deroga agli ordinari criteri di riparto è, dunque, giustificata dalla «finalità di assicurare tutela a fronte di atti dell'amministrazione centrale dello Stato», oltre che da quella di «assicurare l'uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado di giudizio» (scopo che, come visto poco sopra, si era affermato essere di per sé non sufficiente come giustificazione della deroga).

Da una visione complessiva, sembra che la Corte abbia sufficientemente delimitato, anche attraverso il richiamo alla precedente giurisprudenza, gli interessi pubblici idonei a giustificare la deroga al principio dell'articolazione territoriale della competenza dei tribunali amministrativi regionali (suggerendo anche, nella sentenza n. 174, che debba trattarsi di *interessi di rilievo costituzionale*). Peraltro, nonostante le diverse possibili *rationes* giustificatrici individuate dalla Corte, appare generalmente decisivo, ai fini della valutazione di legittimità, il criterio della dimensione degli interessi (nazionali o locali), come già era emerso, con modalità differenti, nella giurisprudenza precedente<sup>224</sup>. Meno approfondito appare il discorso condotto dal Giudice delle leggi quanto al mezzo apprestato (alla sua correlazione con lo scopo e alla sua necessità), che non è oggetto di specifica considerazione nella parte motiva delle sentenze, come se la sussistenza dell'idoneo interesse pubblico (oltre che la possibilità di ricondurre i provvedimenti impugnabili nell'alveo di un'amministrazione centrale) avesse carattere assorbente rispetto agli altri due elementi di giudizio elaborati dalla stessa Corte.

### 3. *Lo scrutinio stretto nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: spunti ricostruttivi*

Ad avviso di chi scrive, la riflessione sullo scrutinio stretto praticato dalla Corte costituzionale può svolgersi su tre livelli differenti:

- 1) un primo, di carattere esclusivamente teorico, volto a indagare se sia astrattamente ipotizzabile un controllo di legittimità costituzionale più severo rispetto a quello ordinario;
- 2) un secondo, teso a ricostruire cosa è lo scrutinio stretto *sulla base di alcune affermazioni di principio* contenute nella giurisprudenza costituzionale e a individuare i casi in cui sussiste una vera e propria presunzione di illegittimità costituzionale;

<sup>222</sup> Prevista dall'art. 135, comma 1, lett. q), c.p.a.

<sup>223</sup> Adottati ai sensi dell'art. 143 del d. lgs. n. 267/2000 (*Testo unico degli enti locali*).

<sup>224</sup> V. ancora V. CERULLI IRELLI, *Sul principio «territoriale» della competenza dei tribunali amministrativi regionali*, cit., 2547.



3) un terzo, in cui si esprimono alcune critiche sull'uso che la Corte fa dello scrutinio stretto e si accennano spunti per una possibile strutturazione dei diversi livelli di controllo.

### 3.1. Primo livello: la teorica possibilità di uno scrutinio stretto

Al primo livello occorre considerare l'autorevole posizione secondo cui – se non abbiamo frainteso il pensiero dell'Autore – lo scrutinio stretto, sostanzialmente, non solo non esiste nella giurisprudenza costituzionale ma non potrebbe nemmeno esistere in astratto<sup>225</sup>. Tale conclusione si basa sulle seguenti affermazioni: 1) «una legge o è in contrasto con la Costituzione o non lo è»; 2) «i poteri della Corte costituzionale non cambiano a seconda della maggiore o minore evidenza del vizio» contestato; 3) «nel nostro sistema di giustizia costituzionale non esistono [...] leggi “manifestamente” incostituzionali e leggi “semplicemente” incostituzionali»; 4) la Corte costituzionale non «ha mai distinto le disposizioni costituzionali tra di loro, addirittura ipotizzando una presunzione di illegittimità a carico delle leggi che si pongano in contrasto con disposizioni ritenute “più fondamentali di altre”»<sup>226</sup>. In particolare, dalle affermazioni citate, sembra che l'illustre A. intenda sostenere che, nella giurisprudenza costituzionale, non sia mai emerso un vero e proprio scrutinio stretto, inteso nel senso di quello praticato dalla Corte Suprema americana. Si tratta di una considerazione che sembra trovare conferma negli esiti spesso assai deludenti del controllo praticato dalla Corte costituzionale sulle leggi che essa stessa ritiene costituzionalmente sospette: su ciò, peraltro, si dirà qualcosa *infra*, nei successivi “livelli”.

Meno condivisibile sembra invece l'affermazione *sub* 4), in cui si dice che la Corte non ha mai distinto tra loro le disposizioni costituzionali; se infatti non è contestabile che, a livello meramente dispositivo-testuale, non esista una gerarchia all'interno della Costituzione, meno sostenibile è l'inesistenza di un contenuto assiologico privilegiato all'interno della Legge fondamentale (si pensi, ad esempio, alla sent. n. 1146/1988 e a tutte quelle decisioni, come la recente sent. n. 238/2014, in cui il Giudice delle leggi ha affermato che il nucleo duro dei diritti inviolabili e i principi supremi del nostro ordinamento sono capaci di resistere alla revisione costituzionale e all'osmosi con altri ordinamenti)<sup>227</sup>.

In ogni caso, altro è dire che la Corte non pratici *di fatto* uno scrutinio stretto, altro è dire – come testimoniano le affermazioni sopra riportate dalla n. 1 alla n. 3 – che *ciò non sarebbe neanche possibile*: si tratta di due discorsi che possono tenersi separati e su quest'ultimo ci permettiamo di dissentire dalla dottrina richiamata.

L'affermazione *sub* 1) appare senz'altro condivisibile: in un dato momento storico – ché, infatti, la validità/invalidità di una norma non è proprietà immanente alla stessa ma frutto di un rapporto col parametro che può mutare diacronicamente, per una pluralità di motivi<sup>228</sup> – una legge o è conforme a Costituzione o non lo è: *tertium non datur*<sup>229</sup>. Ciò, però, non comporta come

<sup>225</sup> A. PACE, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, in *Giur. cost.*, 2010, 3748.

<sup>226</sup> A. PACE, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>227</sup> Si tratta di questione che l'A. citato ritiene, invece, di dover tralasciare nell'ambito di questo discorso, anche perché la dottrina dei principi supremi (nel momento in cui scriveva) non era ancora stata portata ad effetto dalla Corte: v. ancora A. PACE, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>228</sup> V., per tutti, M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 8 ss., il quale distingue tra mutamenti incidenti sul parametro, il *definiens*, e mutamenti incidenti sull'oggetto, il *definitus* (i quali, fuori dall'ipotesi di una espressa modificazione, che comporterebbe il sorgere di una relazione nuova, possono essere dovuti sia a fattori giuridici che extra-giuridici).

<sup>229</sup> Occorre, peraltro, considerare che, secondo F. MODUGNO, *Validità (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 2, la validità non è sempre piena, potendo anche essere parziale, secondo criteri quantitativi o qualitativi. L'A. è tornato successivamente sul tema: v. F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in *ID.*, *Scritti*

conseguenza l'impossibilità di uno scrutinio stretto: esso consiste, infatti, solo in una tecnica di accertamento maggiormente rigoroso e penetrante dell'esistenza o meno del vizio, a valle del quale controllo, effettivamente, vi sarà una dichiarazione di infondatezza oppure di illegittimità costituzionale (sempre che, *ça va sans dire*, la questione sia ammissibile). Ciò anche perché il controllo di legittimità costituzionale – salve ipotesi quasi di scuola – non si muove sui saldi binari della logica formale, ossia dell'accertamento meccanico del contrasto tra la Costituzione e la legge, ciò che sarebbe possibile laddove una legge ordinaria espressamente e seccamente contraddicesse la Carta costituzionale (ad esempio, una legge che disponesse che «contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale *non* è ammesso ricorso per Cassazione»). Ciò, come è ovvio, non accade di norma, nel senso che la Corte è chiamata a svolgere una attività che comporta valutazioni di carattere diverso (senza voler scomodare qui la problematica della logica dei valori)<sup>230</sup>, legate all'uso del canone di ragionevolezza, di proporzionalità, e alla tecnica del bilanciamento tra diversi interessi. La formalizzazione di modelli di controllo (tra cui lo scrutinio stretto) è solo ciò che serve a rendere riconoscibile ed eventualmente verificabile il percorso argomentativo che la Corte svolge per risolvere la *quaestio legitimitatis*.

Per quanto concerne l'affermazione *sub* 2), anch'essa è senz'altro condivisibile, ma non convincenti sono, ad avviso di chi scrive, le conseguenze che se ne traggono. Non può esservi dubbio che, quale che sia l'entità del vizio e la disposizione costituzionale viziata, la “pena” massima ed unica per la legge è comunque la scure della incostituzionalità (laddove possibile, parziale), non essendovi meno gravi rimedi. Come già messo in luce, tuttavia, lo scrutinio stretto – ed eventuali gradini intermedi rispetto al sindacato ordinario – servono semplicemente a consentire un sindacato di maggior rigore e non a produrre conseguenze *qualitativamente* diverse nei confronti della legge viziata.

La proposizione *sub* 3, per cui non esistono leggi “semplicemente” incostituzionali e leggi “manifestamente” incostituzionali è, probabilmente, non così pacifica e, comunque, non probante quanto alla impossibilità di uno scrutinio stretto. In primo luogo, appare opportuno sottolineare che in dottrina è stata ipotizzata la distinzione tra leggi semplicemente “incostituzionali” e leggi “anticostituzionali”<sup>231</sup>, sulla base della gravità (e della potenziale irrimediabilità) del vizio dal quale sono inficiate. Comunque, anche a non voler condividere tale ultima ricostruzione, le leggi per cui si applica lo scrutinio stretto non sono “manifestamente” incostituzionali: l'invalidità, come già detto, si pone a valle, e non a monte, del controllo; prima vi sono solo leggi che presentano degli *indici di sospetto*, tali da rendere necessario un accertamento della legittimità

---

sull'interpretazione costituzionale, Napoli, 2008, 116 s. Ciò che si vuole sostenere nel testo è solo apparentemente in contrasto con la posizione dell'A.: quanto qui si afferma è, infatti, che al momento della decisione sulla legittimità è necessario prendere posizione, nel senso dell'accoglimento o del rigetto (pur con tutte le sfumature introdotte dal ricco strumentario del Giudice delle leggi).

<sup>230</sup> Sulla c.d. logica dei valori, v. per tutti A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 347 ss.

<sup>231</sup> A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, 289. L'A. è tornato sul tema in altre occasioni: v., tra i vari contributi, ID., *Art. 90*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. II, 1758 ss.; ID., *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le «ragioni» di Napolitano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 febbraio 2009, 12 s. Per l'ipotesi che tra le leggi “anticostituzionali” possano rientrare anche quelle che reiterano la violazione del giudicato costituzionale, sia consentito rinviare a A. TURTURRO, *La reiterata violazione del giudicato costituzionale come «atto contrario alla Costituzione» ex art. 126 della Carta: spunti di riflessione*, in *Le Regioni*, 2014, 538.

basato su una logica opposta rispetto a quello che si applica nella generalità dei casi (che comporta una sorta di inversione dell'onere della prova).

Un altro studioso, nell'ambito di un pregevole raffronto del grado di penetrazione del controllo compiuto dalla Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento rispetto a quello che potrebbe compiere il giudice amministrativo, ha affermato che il modello dello scrutinio stretto non è esportabile in Europa<sup>232</sup>. Ciò perché, nella nostra cultura giuridica – ritiene l'Autore – il giudice è percepito «essenzialmente come terzo, impermeabile agli interessi, ancorché pubblici, sui quali deve giudicare. In particolare, il *sillogismo giurisdizionale è percepito, nel nostro sistema, come un'operazione meramente logica di raffronto*, che non deve essere influenzata da considerazioni di altro tipo: il sindacato del giudice e le valutazioni politiche, in altri termini, sono antitetici. Quando il primo è influenzato dalle seconde, tanto nel processo amministrativo quanto in quello costituzionale, si dovrebbe ipotizzare una patologia del sistema, ovvero una forma di azione pubblica diversa dal processo tecnicamente inteso» (enfasi aggiunta). Da ciò deriverebbe l'impossibilità di una graduazione tra i modi di effettuazione del giudizio (una norma o è incostituzionale o non lo è) e la conseguenza, dunque, che lo scrutinio stretto non può che essere l'ordinario controllo di ragionevolezza, salvo ipotizzare per la Corte un ruolo diverso rispetto a quello di un giudice<sup>233</sup>.

Anche queste considerazioni non paiono, a chi scrive, pienamente convincenti. Per quanto attiene all'attività del giudice in generale (ad esempio, del giudice comune), la più moderna teoria della interpretazione (sin da Betti che lanciava strali acuminati contro Santi Romano)<sup>234</sup> ha ampiamente dimostrato la fallacia della ricostruzione dello *ius dicere* in termini di attività meramente dichiarativa di un diritto preesistente e ha dimostrato il contributo che il giudice reca nella creazione del diritto<sup>235</sup>.

Per quanto concerne la Corte costituzionale – che giudice *stricto sensu* non è – il discorso si pone poi in termini completamente diversi. Si è già detto dell'impossibilità di ridurre il controllo sulle leggi ai termini della logica formale. Vi è di più: contrariamente a quanto afferma l'A., la Corte *non può essere indifferente agli interessi pubblici sui quali deve giudicare*: tra le molte ragioni invocate ed invocabili per la istituzione di un sindacato di legittimità accentrato, vi è proprio la necessità di creare un giudice che – nel garantire la Costituzione – tenga conto, per

---

<sup>232</sup> R. MANFRELLOTTI, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 3743.

<sup>233</sup> R. MANFRELLOTTI, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>234</sup> Secondo S. Romano, come è noto, l'interpretazione «non è che il riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio»; così S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva* [ottobre 1945], in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 120. E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*, Padova, 1960, 182, affermò che il suono delle argomentazioni di Romano, «ascoltandolo bene, ci giunge oggi un poco fuori tempo, sostanzialmente antiquato: eco di una concezione intellettualistica del processo interpretativo dipendente dal concepire la conoscenza come una recezione passiva d'una verità già sussistente e in sé compiuta, prima dell'elaborazione del pensiero [...] Tale concezione oggi è da considerare superata sia dalla rivoluzione copernicana operata dalla gnoseologia kantiana nella teoria della conoscenza sia, nel campo specifico dell'interpretazione, dalla consapevolezza, che oggi hanno raggiunto anche i giuristi nell'interpretazione della legge, che cioè in questa interpretazione non si tratta di un procedimento puramente intellettuale, paragonabile a quello delle scienze matematiche o naturali, ma di procedimento ricognitivo diretto a identificare e a riprodurre negli apprezzamenti dell'interprete le valutazioni comparative degli interessi in conflitto che sono già contenute nelle norme giuridiche». Sul dibattito tra Betti e Romano (che coinvolse anche Carnelutti, dal quale anzi ebbe origine), v. A. LONGO, *La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa*, in *Consulta Online*, 16.10.2014, 1 ss.

<sup>235</sup> Sulle varie «teorie sull'interpretazione», v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, 2012, 40 ss.

quanto possibile, delle esigenze del legislatore<sup>236</sup> (potrebbe essere richiamata, ad esempio, la modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento per evitare situazioni di «maggiore incostituzionalità»). Certo, la Corte non deve svolgere valutazioni politiche e non può sovrapporre il suo giudizio alla discrezionalità del legislatore (come recita, con formula «assai mal redatta», l'art. 28 della l. n. 87/1953)<sup>237</sup>, né, dell'altro lato, deve abdicare al ruolo di garante della Carta fondamentale in nome di una generica ragion di Stato. Ma «interessi pubblici» e «valutazioni politiche» si muovono su due binari non coincidenti: senz'altro, infatti, il Giudice delle leggi è chiamato a tenere in considerazione, nel giudicare la legittimità delle norme sottoposte al suo controllo, gli interessi pubblici, di *rango costituzionale*, che hanno spinto il legislatore a dettare una determinata disciplina (e che possono, eventualmente, giustificarla). È ciò che la Corte fa quotidianamente, che si richiami o meno ad uno scrutinio stretto. Non ci pare, dunque, che questi argomenti militino contro la possibilità di una forma di controllo maggiormente penetrante rispetto all'ordinario.

### 3.2. Secondo livello: una proposta ricostruttiva alla luce della giurisprudenza costituzionale

#### 3.2.1. Uno sguardo d'insieme ai presupposti e alla struttura dello scrutinio stretto

Passando al secondo livello, si può affermare che lo scrutinio stretto, all'interno della giurisprudenza della Corte costituzionale, non ha lo *status* – invero piuttosto definito, nonostante alcune zone d'ombra – che possiede nell'esperienza statunitense.

Quanto ai *presupposti* di tale controllo, si impongono due osservazioni: vi è una certa *eterogeneità delle ipotesi che giustificano il ricorso al più rigoroso scrutinio* e può rilevarsi *l'assenza dell'automatismo nell'applicazione dello strumento stesso*, nel senso che non sempre la Corte – a fronte di una legge che rientra nelle categorie per le quali ha riconosciuto in precedenza la necessità dello *strict scrutiny* – vi procede.

Cercando di ricondurre a una serie di principi comuni alcune delle ipotesi in cui la Corte pratica lo scrutinio stretto di costituzionalità, si potrebbero raggruppare le leggi-provvedimento, le leggi interpretative, retroattive e di chiamata in sussidiarietà legislativa, ipotizzando che si tratti di quei casi in cui la legge parlamentare *fa il mestiere di qualcun altro* (dell'amministrazione, del giudice, del legislatore regionale) ovvero fa il proprio mestiere al di fuori di quelli che ne sono i caratteri naturali ancorché non necessari (generalità, astrattezza, innovatività, efficacia *pro futuro* delle disposizioni). Sembra confermarlo, con riferimento ad una specifica ipotesi, la seguente affermazione dell'allora Presidente della Corte costituzionale, Giuliano Vassalli, secondo cui «le

---

<sup>236</sup> Cfr., nel senso del testo, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 32: «il legislatore ha il suo giudice speciale, operante attraverso procedimenti particolari e formato con personale non esclusivamente giudiziario, capace di tenere nel debito conto, accanto alle esigenze dei diritti costituzionali, le esigenze propriamente politiche (e i diritti di partecipazione politica) che si esprimono nella legge».

<sup>237</sup> Così A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 73, il quale riporta anche alcuni aggettivi utilizzati dalla dottrina in relazione alla disposizione in esame (*ivi*, 74). Già F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*. Vol. II. *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 347, discorreva di un disposto ambiguo ed oscuro; critico su tale formula anche S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in ID., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 301. Secondo G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 245, essa «non dice nulla di normativamente efficace, esprimendo semmai solo un'esigenza e una preoccupazione».

leggi provvedimento, derogando ai principi generali in ordine alla distribuzione delle funzioni, sono soggette a “scrutinio stretto” da parte della Corte»<sup>238</sup>.

Sembra potersi desumere che i caratteri tipici della legge, pur non indefettibili (nel senso che la legge che non ne è provvista, non è per ciò solo illegittima), *non sono costituzionalmente adiafori*. Tale assunto, ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere probabilmente collegato non ad una lettura sostanzialistica della «funzione legislativa» di cui all’art. 70 Cost., bensì, in modo diretto e immediato, al retroterra assiologico associato ai caratteri naturali della legislazione, fortemente legato, tra l’altro, ai principi di eguaglianza, separazione dei poteri, certezza del diritto, tutela dell’affidamento, pienezza della tutela giurisdizionale.

Per quanto concerne le leggi di attrazione in sussidiarietà, peraltro, l’invocazione dello scrutinio stretto è probabilmente finalizzata a far valere non tanto il rapporto di *regola-eccezione* (attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni – avocazione in sussidiarietà a livelli più alti) stabilito dall’art. 118, primo comma, Cost., che anche sarebbe sufficiente a giustificarlo<sup>239</sup>, ma piuttosto a limitare la deroga al riparto di competenze legislative previsto dall’art. 117, secondo quanto riconosciuto a partire dalla sentenza n. 303/2003.

Per quanto riguarda le disposizioni che attribuiscono alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio la cognizione di determinate controversie, il fondamento dello scrutinio stretto sembra essere legato alla deroga a un principio costituzionale (art. 125 Cost.). Al riguardo sembrano potersi svolgere due notazioni: la prima è che l’art. 125 non è, nel suo tenore letterale, una norma ascrittiva di competenza su base territoriale, limitandosi a stabilire che «nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado [...]». In altri termini, la Costituzione impone che ogni Regione abbia il suo TAR, ma non dispone che ad esso debba essere attribuita la cognizione di tutte le controversie che presentano un collegamento con il suo ambito territoriale: si tratta, cioè, di una possibile interpretazione – certamente condivisibile – del parametro. Se però si trae questa norma dalla disposizione di cui all’art. 125 – e veniamo alla seconda notazione – non può non rilevarsi che essa non sembra incorporare alcuna eccezione: la Corte, dunque, ricava la norma e l’eccezione alla stessa in assenza di appigli testuali (a tacer dell’importante considerazione, che dovrebbe forse essere valorizzata, per cui la Costituzione nulla dice, al contrario, sull’articolazione territoriale dei giudici ordinari)<sup>240</sup>. In altre ipotesi

---

<sup>238</sup> G. VASSALLI, *La giustizia costituzionale nel 1999. Conferenza stampa*, VI-II.1, disponibile sul sito della Corte costituzionale, sezione *Documentazione-Relazioni annuali*.

<sup>239</sup> Sul tema si v. quanto affermato da A. RUGGERI, *Riforma del titolo V della Costituzione e autonomie locali (notazioni introduttive)*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell’anno 2002*, VI.2, Torino, 2003, 266 s.: «Se, dunque, la regola è la tendenziale allocazione di queste ultime [le funzioni amministrative] in capo ai Comuni, *compatibilmente con le concrete capacità di questi ultimi di farne un congruo utilizzo*, l’eccezione è nell’“esercizio unitario” delle funzioni da parte di livelli istituzionali più alti (un esercizio, non a caso, preceduto da quel “salvo che...” che appunto ne denota lo scostamento dalla regola). Sono, pertanto, gli atti che *ab initio* trattengono funzioni in capo ad enti diversi dai Comuni a doversi giustificare ovvero gli altri che, in un momento successivo, facciano tornare all’alto funzioni precedentemente conferite. Le conseguenze di siffatta indicazione metodico-ricostruttiva sono evidenti tanto sul piano sostanziale [...], quanto su quello processuale, laddove, a mia opinione, dovrebbe assistersi ad un’*inversione dell’onere della prova*, essendo non già il ricorrente o lo stesso giudice a dover dare la prova della invalidità dell’atto bensì il suo autore e chi lo rappresenta in giudizio» (corsivi dell’Autore).

<sup>240</sup> Per quanto tale differenza sia da ricollegarsi anche a ragioni storiche (i giudici ordinari già esistevano ed erano operanti sull’intero territorio nazionale al momento della stesura della Costituzione, mentre gli organi di giustizia amministrativa di primo grado venivano introdotti *ex novo*), non vi è dubbio, ad avviso di chi scrive, che l’interprete debba attenersi a ciò che la Costituzione effettivamente prescrive, senza considerare gli intendimenti e le valutazioni, soggettive e contingenti, dei membri dell’Assemblea costituente. Sul dibattito che ha condotto alla formulazione dell’art. 125 Cost., si v. G. SERGES, *Il principio del «doppio grado di giurisdizione» nel sistema costituzionale*

invece (ad esempio, principio del pubblico concorso per l'accesso agli impieghi nelle P.A. e la stessa attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni) è la Carta fondamentale a prevedere la possibilità per il legislatore di derogare alla regola costituzionale (cfr. art. 97 Cost., secondo cui «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, *salvo i casi stabiliti dalla legge*»). Rimangono, infine, le ipotesi di limitazioni di diritti fondamentali e la discriminazione sulla base delle categorie sospette di cui all'art. 3, primo comma, Cost.: è evidente che il fondamento qui risiede nella necessità di tutelare – tramite il più esigente standard di controllo di legittimità – i valori fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, secondo un modello analogo a quello proprio della Corte Suprema statunitense. Un tentativo di ricostruzione complessiva delle varie ipotesi sin qui analizzate, peraltro, verrà accennato *infra*.

Per quanto concerne la struttura dello scrutinio rigoroso, il discorso diviene ancor più incerto. Non solo non emerge una struttura unica per le varie ipotesi, ma soprattutto non si è in grado di evincere, per molti dei casi riportati, quali siano le caratteristiche di questa forma di controllo maggiormente penetrante: non può che condividersi, dunque, l'affermazione di un'autorevole dottrina, secondo cui «difetta nella nostra giurisprudenza un chiaro enunciato di quelli che sono i requisiti di un rigoroso scrutinio di costituzionalità e di quelli che sono, invece, gli elementi del generale controllo di ragionevolezza, come pure la formalizzazione di eventuali gradini intermedi, in questo campo»<sup>241</sup>. Ciò emerge, con particolare nettezza, in riferimento alle leggi-provvedimento e, in fondo, anche per le discriminazioni sulla base dei fattori di cui all'art. 3, primo comma, Cost.

Una forma embrionale di strutturazione sembra delinearci, invece, come già messo in luce, per le leggi di sanatoria di atti amministrativi (in cui si va alla ricerca del fondamento giustificativo della sanatoria stessa, sulla base di un'analisi spesso approfondita dei lavori preparatori). Lo stesso sembra potersi dire per la più recente giurisprudenza in tema di leggi retroattive, laddove si richiede qualche cosa di equivalente (almeno a parole) ai «motivi imperativi di interesse generale» che esige la giurisprudenza della Corte EDU.

In altri casi, invece, – almeno nelle affermazioni di principio – lo scrutinio ha una sua precisa struttura formale, come era avvenuto – ma ormai si tratta di ipotesi superata sulla base del riformato Titolo V della Parte II Cost. – per le leggi statali che invocavano un interesse nazionale per comprimere le competenze regionali. Nonostante si tratti ormai di un problema che ha interesse eminentemente storico, sembra opportuno riportare brevemente le verifiche a cui doveva essere assoggettata la legislazione statale, per la loro ricchezza e precisione. Si richiedeva:

- a) «che il discrezionale apprezzamento del legislatore statale circa la ricorrenza e la rilevanza dell'interesse nazionale *non [fosse] irragionevole, arbitrario o pretestuoso*, tale da comportare un'ingiustificata compressione dell'autonomia regionale»;
- b) «che la natura dell'interesse posto a base della disciplina impugnata [fosse], per dimensione o per complessità, tale che una sua adeguata soddisfazione, tenuto conto dei valori costituzionali da rispettare o da garantire, non [potesse] avvenire senza disciplinare profili o aspetti che esorbita[va]no dalle competenze regionali (o provinciali) e tuttavia [fossero] necessariamente connessi con il tema oggetto della normativa in questione» (c.d. infrazionabilità dell'interesse);

---

*italiano*, Milano, 1993, 250 ss., secondo cui «scarsamente significative e caratterizzate da una limitata angolazione risultano le indicazioni provenienti dall'esame dei lavori preparatori».

<sup>241</sup> A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1999, 1137.

«ovvero che, anche se non necessariamente infrazionabile, l'interesse invocato [apparisse], a una valutazione ragionevole, così imperativo o stringente oppure [esigesse] una soddisfazione così urgente da non poter esser adeguatamente perseguito, avendo sempre presenti i valori costituzionali da garantire, dall'intervento normativo di singole regioni (o province autonome)»; c) «che, in qualsiasi caso, l'intervento legislativo dello Stato, considerato nella sua concreta articolazione, [risultasse] in ogni sua parte giustificato e contenuto nei limiti segnati dalla reale esigenza di soddisfare l'interesse nazionale posto a proprio fondamento»<sup>242</sup>.

Anche per le leggi che derogano all'art. 125 Cost., come visto, la Corte ha recentemente elaborato un tipo di controllo che si compone di tre fasi. Nel primo caso in cui si è fatto riferimento allo scrutinio stretto per la limitazione di diritti inviolabili, diversamente, vi erano due precisi livelli di giudizio, legati al fine ed al mezzo utilizzato e, come già messo in luce, assai simili a quelli utilizzati dalla Corte suprema. A tale riguardo, la precisa individuazione di protocolli di giudizio risulta assolutamente necessaria, ad avviso di chi scrive, perché in tanto è possibile uno scrutinio rigoroso in quanto siano precisate esattamente le condizioni alle quali una determinata legge può considerarsi valida (*recte*, non *invalida*).

### 3.2.2. Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità

Appare significativo sottolineare che in nessuno dei casi citati la Corte sembra sostenere l'illegittimità, in via di principio, delle singole tipologie di leggi sospette (e, dunque, che sussista una presunzione di invalidità), anzi sembra riconoscere esattamente l'opposto: sono frequenti, ad esempio, affermazioni secondo cui «non è preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, ossia di *leggi-provvedimento*»; o altre relative alla ammissibilità, in via di principio, di leggi di sanatoria, di leggi interpretative e di quelle retroattive in generale.

Particolarmente contraddittoria, a tale riguardo, sembra la giurisprudenza in materia di leggi di sanatoria: la Corte muove dall'assunto che «le leggi di sanatoria non sono costituzionalmente precluse in via di principio»<sup>243</sup>; tuttavia, come evidenziato nel paragrafo precedente, lo schema di scrutinio applicato muove dalla ricerca del fondamento della legittimità delle singole leggi che rientrano in questa categoria, al punto che, come è stato sottolineato in dottrina, la presunzione di validità sembra essere ribaltata. Nei fatti, dunque, la Corte – nonostante la diversa petizione di principio – sembra smentirsi affermando che la legittimità è sottoposta a determinate condizioni (da valutare su base casistica).

Ciò che si vuole qui segnalare è che la Corte, nei casi di scrutinio stretto, talvolta prende le mosse dalla ordinaria presunzione di validità e, altre volte, dalla opposta presunzione di illegittimità (come emblematicamente rappresentato dalla sentenza in tema di discriminazione sulla base delle condizioni personali).

Si potrebbe ipotizzare, per cercare di rinvenire un fondamento a quanto emerso dall'analisi sin qui svolta, che *l'esistenza di un sospetto di illegittimità è collegato alla eccezionalità di certe categorie di leggi rispetto alle due grandi linee assiologiche su cui si fonda lo stato costituzionale*: la tutela dei diritti inviolabili e la modalità limitata dell'esercizio del potere

---

<sup>242</sup> Corte cost., sent. n. 177/1988 (red. Baldassarre), n. 2.4.1 del *Considerato in diritto*: è stato omissis il richiamo dei precedenti.

<sup>243</sup> In questo senso le sentt. nn. 94/1995 e 14/1999.

pubblico (di cui la separazione dei poteri è solo una delle declinazioni possibili), secondo la celebre formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

Prima di precisare questa posizione, sembra opportuno citare altre ipotesi, in cui la Corte non ha fatto riferimento alla necessità di un più rigoroso controllo ma in cui appare evidente che il ragionamento del Giudice delle leggi prenda le mosse da un rovesciamento dell'«onere della prova». I casi, tra loro assai eterogenei, che sembrano particolarmente interessanti – oltre ad alcuni già segnalati in dottrina, come il controllo su leggi eccezionali<sup>244</sup>, automatismi legislativi<sup>245</sup> ed altri<sup>246</sup>, che meriterebbero una trattazione che qui non è possibile – sono due e riguardano: 1) le leggi che introducono sanzioni penali in misura fissa<sup>247</sup>; 2) le leggi riproduttive di altre abrogate mediante referendum popolare. Sembra opportuno precisare che la presunzione di illegittimità, in riferimento a tali categorie di leggi, sembra rinvenibile in una sola sentenza [del 1980 per la categoria *sub* 1) e del 2012 per la categoria *sub* 2)]: è, pertanto, senz'altro prematuro voler attribuire ad esse valenza generale. Esse, tuttavia, sembrano esemplari ed utili ai fini del discorso che qui si sta svolgendo. A tali ipotesi verrà aggiunto, 3) il caso di riproduzione di normativa dichiarata incostituzionale (in violazione, dunque, del c.d. giudicato costituzionale).

Quanto all'ipotesi *sub* 1), come è noto, le sanzioni penali (come anche le sanzioni amministrative) sono generalmente stabilite in misura non fissa bensì compresa tra un minimo ed un massimo edittale, affinché – al momento della irrogazione – si possa tenere conto, mediante l'utilizzo di un potere discrezionale, delle specificità del caso concreto e modulare la risposta sulla base dell'effettivo disvalore del fatto o in relazione all'elemento soggettivo<sup>248</sup>.

Nonostante la Costituzione non contenga un'esplicita disciplina sul punto, la dottrina – in specie, quella penalistica – ha evidenziato come il sistema elastico consenta una risposta punitiva maggiormente rispettosa non solo del principio di eguaglianza – trattamento diverso di situazioni diverse – ma anche della personalità della responsabilità penale<sup>249</sup>. Si tratta di una questione che presenta punti di contatto, nonostante talune diversità, con quella degli automatismi legislativi – in specie quelli sanzionatori – oggetto di attenzione nella più recente dottrina e dei quali non ci si occuperà in questa sede<sup>250</sup>.

Nella sentenza n. 50 del 1980<sup>251</sup> la Corte ha affermato che le pene fisse non sembrano in armonia con il volto costituzionale della pena e, sostanzialmente, che *la loro giustificazione deve*

---

<sup>244</sup> F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, cit., 60.

<sup>245</sup> V. L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppodipisa.it*, 2 ss., il quale cita anche G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012.

<sup>246</sup> V., ad esempio, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi* [1994], cit., 22, che ipotizza il venir meno (*rectius*, l'erosione) della presunzione favorevole per le norme sui reati di opinione contenute nel c.p.: l'A., tuttavia, rileva come tale ipotesi non abbia trovato conferma nella giurisprudenza costituzionale. A tali casi, potrebbe aggiungersi il già citato «vaglio positivo di ragionevolezza» compiuto dalla Corte costituzionale sulle leggi che derogano alla retroattività della *lex mitior*.

<sup>247</sup> Devo tale spunto alla lettura di G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 211 s., nel testo e in nota 22.

<sup>248</sup> In materia penale, v. gli artt. 132 e 133 c.p. Per quanto concerne le sanzioni amministrative, v. art. 11 della l. n. 689/1981.

<sup>249</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, spec. 345 ss. Un'interessante ricostruzione del tema è contenuta nel recente lavoro di G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 210 ss.

<sup>250</sup> V. L. PACE, *Gli automatismi legislativi*, cit., *passim*; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 209 ss.

<sup>251</sup> Si trattava della questione di legittimità dell'art. 5 della legge 5 maggio 1976, n. 313, nella parte in cui – sostituendo il terzo comma dell'art. 121 del T.U. delle norme concernenti la disciplina della circolazione stradale,



*essere valutata su base casistica*. Si tratta di una pronuncia particolarmente significativa in quanto interviene nell'ambito di un ramo dell'ordinamento (quello che si occupa della risposta punitiva dello Stato) in cui l'atteggiamento del Giudice delle leggi (in merito all'*an* e al *quantum* della sanzione) è sempre stato improntato, come già accennato in precedenza, alla più larga deferenza. La Corte, che già si era occupata, in precedenza, del tema della legittimità costituzionale delle pene fisse<sup>252</sup>, si è espressa in questi termini: «il dubbio d'illegittimità costituzionale *potrà essere, caso per caso, superato* a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia *ragionevolmente "proporzionata"* rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato». Appare evidente la differenza con alcune delle ipotesi prima affrontate: in quei casi la Corte prendeva le mosse dalla legittimità, in via di principio, ad esempio, delle leggi-provvedimento e delle leggi retroattive. Nel caso qui riportato, invece, il Giudice delle leggi, pur con formula timida (il «non apparire in armonia» col volto costituzionale del sistema penale), sembra affermare chiaramente che la previsione di una pena fissa sia, in linea di principio *illegittima*, e che sia necessario, di volta in volta, superare questo dubbio (questa presunzione?) di incostituzionalità<sup>253</sup>.

2) Il c.d. vincolo referendario – la peculiare natura e la diversa forza passiva del risultato positivo del referendum abrogativo – è stato oggetto di un acceso dibattito dottrinale, contendendosi il campo quanti sostenevano l'esistenza di un vincolo solo politico (sanzionabile, eventualmente, previo rinvio della legge, dal Capo dello Stato con il decreto di scioglimento anticipato delle Camere)<sup>254</sup> e quanti ne affermavano la giustiziabilità, in sede di giudizio di legittimità costituzionale<sup>255</sup>. Come è noto, con la sent. n. 199/2012<sup>256</sup>, la Corte costituzionale – dopo aver affermato, in diverse occasioni, l'esistenza di un vincolo giuridico di non riproduzione della normativa abrogata mediante referendum, sanzionabile dal Giudice delle leggi<sup>257</sup> – ha proceduto per la prima volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disciplina sostanzialmente riproduttiva di altra precedentemente abrogata dal corpo elettorale<sup>258</sup>. Si trattava

---

approvato con d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393 – prevedeva la pena, in misura fissa, di lire 800.000 di ammenda e 15 giorni d'arresto per chiunque circolasse con un veicolo che superasse il peso complessivo a pieno carico di oltre 30 quintali.

<sup>252</sup> V. sentenza n. 67/1963: «se pure è da ammettere che lo strumento meglio idoneo al conseguimento di tale finalità sia la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo, non può invece ritenersi che esso sia il solo, e che quindi la omissione della sua adozione in singoli casi incida sulla validità della legge che incorra in essa (secondo quanto è stato già statuito con la sentenza n. 15 del 1962)». Sulla giurisprudenza costituzionale sul tema (e, più in generale, sulla sanzione penale) fino al 2008, v. anche la ricerca del Servizio Studi della Corte costituzionale *La sanzione penale* (a cura di S. Magnanensi-E. Rispoli), disponibile sul sito dell'organo di giustizia costituzionale, nella sezione *Studi e ricerche*.

<sup>253</sup> La sentenza in esame è stata successivamente richiamata dalla Corte ma mancano affermazioni così nette (v. ordd. nn. 475/2002 e 91/2008).

<sup>254</sup> Così, ad es., S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino, 2007, 334 s.

<sup>255</sup> In questo senso già F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Vol. II, cit., 120: «per non eludere il significato e l'efficacia propria dell'intervento popolare, dovrà ammettersi il controllo di costituzionalità della legge che miri, in seguito al *referendum*, in una forma più o meno esplicita, a ripristinare come se nulla fosse accaduto, la situazione antecedente». Un'ampia ricostruzione della dottrina sul tema si trova in G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1997, spec. 67 ss.

<sup>256</sup> Su cui v., tra gli altri, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, 66 ss.

<sup>257</sup> Per l'affermazione di principio, si vedano le sentt. nn. 468/1990 (n. 4.3 del *Considerato in diritto*), 32 e 33/1993 (rispettivamente nn. 5 e 3 del *Considerato in diritto*) e l'ord. n. 9/1997 (penult. cpv. della motivazione).

<sup>258</sup> P. CARNEVALE, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2013, 405 s., la definisce «senza precedenti» ma non «priva di radici».

della normativa relativa all'affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riprodotta solo ventitré giorni dopo la pubblicazione del decreto del Presidente della Repubblica che dichiarava l'esito referendario. Secondo il Giudice delle leggi, che discorre espressamente di un divieto di ripristino, «un simile vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, *senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto*, tale da giustificare un simile effetto». È, dunque, legittimo presumere l'incostituzionalità della legge riproduttiva, salva dimostrazione dell'esistenza di decisivi mutamenti delle circostanze di fatto, ovvero del quadro politico (per esempio, un significativo cambiamento dell'orientamento del corpo elettorale, manifestatosi attraverso le elezioni).

3) Un discorso analogo dovrebbe valere per le leggi riproduttive (e, a maggior ragione, per quelle confermative) di altre dichiarate costituzionalmente illegittime: in questo caso, la presunzione di illegittimità sarebbe legata alla precedente decisione di accoglimento. Non si ignora, peraltro, che la giurisprudenza costituzionale è stata oscillante nel far valere il limite del giudicato costituzionale nei confronti delle norme riproduttive *pro futuro*, procedendo spesso ad una nuova declaratoria di illegittimità solo previa verifica della lesione del parametro sostanziale già violato e non direttamente dell'art. 136 Cost.<sup>259</sup> Vero è che la concreta situazione normativa<sup>260</sup>, oggetto del giudizio, può essere cambiata: è pur vero, tuttavia, che la precedente decisione dovrebbe costituire il punto di partenza, eventualmente superabile con adeguata argomentazione. È stato detto, in generale, che «l'esistenza di un precedente capovolge l'obbligo di motivazione»<sup>261</sup>: ciò dovrebbe valere in termini particolarmente stringenti laddove la decisione precedente abbia colpito, con la scure della incostituzionalità, la medesima disposizione (o norma). Ciò trova conforto in quelle opinioni dottrinali che, per disinnescare le conseguenze della violazione del giudicato costituzionale, ritengono addirittura possibile per i giudici comuni

---

<sup>259</sup> È, come è noto, controverso quale disposizione della Carta costituisca il fondamento dell'intangibilità del giudicato costituzionale: come rilevato da F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 440, «quando la Corte fa valere la forza di un precedente giudicato di accoglimento, essa talora richiama soltanto l'art. 137 comma ult. cost., in altri casi soltanto l'art. 136 comma 1 cost., in altri infine essa fa riferimento ad entrambe le disposizioni, talora integrate anche dall'art. 30 l. n. 87 del 1953»; in senso analogo v. già E. CATELANI, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento (sent. n. 17/1992)*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, cit., 24, nota 16. Come rileva G. PISTORIO, *La riproduzione di una norma già dichiarata illegittima: un escamotage per eludere il giudicato costituzionale*, in *Giur. it.*, 2004, 1580, nel testo e in nota 16, in altri ordinamenti (quali quello francese, tedesco e spagnolo) esistono invece specifiche disposizioni di rango superprimario che pongono l'obbligo per il legislatore di rispettare le decisioni dell'organo di giustizia costituzionale. A tali esempi *adde* quanto ricordato da P. COSTANZO, *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine di «Giurisprudenza costituzionale» (note sparse su un tema di perdurante attualità)*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantenario*, Milano, 2006, 218, nota 29, in relazione alla Costituzione turca.

<sup>260</sup> L'espressione, come è noto, si deve ad A. SPADARO, *La «norma» – o piuttosto la «situazione normativa» – quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto «dottrinale» che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996, 778 ss.

<sup>261</sup> M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, 517 ss., citato da M. CARTABIA, *La motivazione per relationem nelle decisioni della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 275.

procedere alla disapplicazione della legge riproduttiva<sup>262</sup>. In tale ipotesi, due dei significati di “presunzione di illegittimità” sembrerebbero ricongiungersi: presunzione di illegittimità come non obbligatorietà anche prima dell’intervento del Giudice delle leggi e presunzione di illegittimità come specifica condizione della norma ai fini del giudizio costituzionale. Tuttavia, ma la questione meriterebbe un approfondimento maggiore, si tratta di uno dei pochi casi in cui la presunzione di illegittimità “processuale” può giustificare anche quella “sostanziale”, perché fondata su un previo accertamento da parte della Corte costituzionale (è opportuno segnalare, peraltro, che la tesi citata non è pacificamente accolta in dottrina)<sup>263</sup>. Diversamente opinando, si rischierebbe una diffusa, e spesso non sufficientemente giustificata, disobbedienza alla legge (mediante la sua disapplicazione).

Riferite queste decisioni, possiamo ritornare alla nostra tesi. Ciò che sembra accomunare le varie ipotesi di «scrutinio stretto» e di presunzione di illegittimità, è che il presupposto sembra essere costituito da particolari categorie di leggi caratterizzate *dall’eccezionalità rispetto alla logica del costituzionalismo moderno*. Effettivamente, da un lato, le leggi-provvedimento, le leggi di sanatoria, le leggi retroattive, le leggi che si pongono in contrasto con il giudicato costituzionale o con la volontà popolare espressa mediante un referendum abrogativo e, in fondo, anche le leggi che derogano alla competenza territoriale nella giustizia amministrativa, sono in potenziale (ancorché non automatico) contrasto, per motivi diversi, con l’esercizio del potere limitato disegnato dalla nostra Legge fondamentale. Dall’altro lato, le leggi che discriminano sulla base dei fattori previsti dall’art. 3, primo comma, Cost., e leggi che incidono su diritti inviolabili sollecitano un più rigoroso controllo per la maggiore probabilità di incisione su valori apicali del nostro ordinamento costituzionale (eguaglianza e diritti fondamentali). Per ciò che attiene, invece, alle leggi che prevedono pene in misura fissa, esse sembrano potenzialmente in contrasto tanto con le regole sull’esercizio del potere, quanto – laddove si preveda una pena detentiva – con quelle sui diritti fondamentali (in particolare, il diritto alla libertà personale). Per quanto riguarda il primo aspetto, infatti, il legislatore, in qualche modo, svolge anche il ruolo del giudice, nel senso che a quest’ultimo è rimessa solo la decisione sull’*an* e non anche sul *quantum* della sanzione.

Rimane fermo, peraltro, come già è stato segnalato, che non in tutti i casi citati la Corte muove da una presunzione di illegittimità. Nei casi in cui, invece, assistiamo all’inversione dell’onere della prova, sembrerebbe che il *type* (mutuando, e forzando, la terminologia di Peirce) sia di per sé illegittimo, mentre il singolo *token* possa non esserlo, ricorrendo determinate condizioni che richiedono di essere volta per volta verificate dal Giudice delle leggi.

Sembra opportuno segnalare che l’esistenza di una presunzione di illegittimità non mette completamente fuori gioco il legislatore. Ci spieghiamo meglio: si tratta, nella generalità dei casi, di una presunzione relativa; sono pochi, infatti, i casi in cui i citati principi costituzionali sembrano causare, senza possibilità di appello, l’illegittimità delle leggi derogatorie, come, per esempio, nei casi di discriminazioni fondate sulla razza o di sanzioni penali retroattive. Riconoscere al legislatore la possibilità di dimostrare (argomentare) la legittimità costituzionale

---

<sup>262</sup> V. la ricostruzione di F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 324 ss., il quale sottolinea «i problemi teorici e pratici che a tale prospettiva si riconnettono».

<sup>263</sup> Secondo V. CRISAFULLI, «Riproduzione» o «conferma» di norme dichiarate incostituzionali, in *Giur. cost.*, 1966, 1110 s., in caso di riproduzione *pro futuro*, occorrerebbe procedere in ogni caso ad un nuovo accertamento del contrasto tra la disposizione ed i principi costituzionali, ciò che solo la Corte può fare. La posizione crisafulliana è ripresa e sviluppata da M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. it.*, 2009, spec. 784 ss.

delle leggi sospette, dunque, conferisce una possibilità in più al Parlamento: possibilità che, invece, sulla base di una concezione rigorosa (secondo cui determinati principi non tollerano il minimo grado di compressione) sarebbe preclusa.

Merita, inoltre, di essere quantomeno accennata una precisazione: l'esistenza di una presunzione di illegittimità (come dell'opposta presunzione di legittimità), nulla dice sull'intensità della stessa e sulla difficoltà di superarla: vari, infatti possono essere i criteri, quale una prova certa oltre ogni ragionevole dubbio, la prevalenza degli elementi a favore di una tesi oppure una forte evidenza<sup>264</sup>. Nel caso, menzionato in precedenza, di riproduzione di normativa abrogata mediante referendum popolare, ad esempio, appare ragionevole affermare una certa facilità di superamento della presunzione di illegittimità, peraltro progressivamente crescente con il passare del tempo.

### 3.3. Terzo livello: considerazioni critiche e spunti per una futura strutturazione

Quanto sin qui argomentato potrebbe aspirare ad una sua utilità pratica se la Corte desse effettivamente seguito alla propria volontà di sottoporre determinate categorie di leggi ad un controllo più esigente: ciò che, invece, come si è visto, spesso non accade.

Occorre, anzitutto, ricordare che per molte ipotesi di «scrutinio rigoroso», come già osservato, la Corte non solo non ha strutturato alcun test di giudizio ma parte dalla affermazione, in via di principio, della piena legittimità delle leggi in questione (il che è difficilmente compatibile con un vero *strict scrutiny*). Anche per i casi in cui si è proceduto ad individuare degli standard del controllo, tuttavia – si pensi alle leggi di attrazione in sussidiarietà, alle leggi che derogano al criterio territoriale di competenza dei TAR, talvolta alle leggi limitative di diritti inviolabili – la stessa Corte è restia a farne poi concreto utilizzo. L'elaborazione di una pluralità di protocolli richiederebbe, al contrario, un'esplicita e conferente motivazione per ciascuno di essi, ogni volta che venga in rilievo una legge appartenente ad una delle più volte citate categorie. Emblematica è anche la circostanza che, nel controllo sulle leggi di avocazione in sussidiarietà, la Corte apparentemente sia propensa a motivare in modo più diffuso quando si tratta di accogliere la questione e, al contrario, in modo più sintetico, quando si tratta di rigettarla.

L'invocazione di uno scrutinio rigoroso assolve, probabilmente, ad una duplice funzione: una di carattere *lato sensu* monitorio, l'altra di carattere per così dire cautelativo. Quanto alla prima, essa consiste nell'avvisare il legislatore che determinate categorie di leggi corrono un rischio di incostituzionalità più elevato e che, pertanto, il margine di discrezionalità di cui dispone è più limitato. Ciò sembrerebbe finalizzato a invitare il Parlamento ad un ricorso parco – e comunque previa valutazione dell'esistenza di una giustificazione costituzionale – alle leggi in parola. È appena il caso di segnalare, peraltro, che l'unico monito realmente efficace – al di là delle astratte affermazioni di principio – sarebbe un numero consistente di pronunce di accoglimento su determinate categorie di leggi (ciò che, allo stato attuale, non sembra accadere).

Quanto alla seconda funzione, essa assolve alla necessità di attribuire una struttura argomentativa (apparentemente) fissa, sulla base della quale condurre il controllo su determinate categorie di leggi. Se tale seconda funzione è quella che ha in mente la Corte, non si comprende perché poi essa sia poco incline a farne reale utilizzo (e, dunque, non prenda sul serio lo scrutinio stretto e, ciò che è ancor più grave, le proprie affermazioni di principio). Un diverso atteggiamento permetterebbe, in un fecondo dialogo con la dottrina, l'elaborazione di modelli

---

<sup>264</sup> V., in tal senso, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi* [1994], cit., 10.

progressivamente più adeguati alle specificità delle singole categorie di leggi “sospette” e renderebbe, come già si è avuto modo di segnalare in precedenza, le decisioni della Corte se non prevedibili *ex ante*, quantomeno maggiormente verificabili *ex post*. Non solo: adottata un’idonea e costante struttura argomentativa, la stessa Corte sarebbe pur sempre libera – motivando adeguatamente – di non applicarla in singoli casi, che dovessero presentare particolarità tali da renderli irriducibili al “modellino” stabilito. Ciò permetterebbe di non frustrare le esigenze del caso concreto (su cui pure la Corte è di volta in volta chiamata a giudicare), facendo salva la necessaria coerenza della giurisprudenza, funzionale al momento della *giustificazione* che, in un regime democratico, ha la stessa importanza della *statuizione* (secondo la felice terminologia habermasiana)<sup>265</sup>, non essendo ammissibile che la *voluntas* tenga luogo della *ratio*.

Tale discorso dovrebbe essere inserito – ma qui non è possibile farlo – in uno più ampio, legato alla peculiarità della motivazione delle sentenze della Corte costituzionale rispetto a quelle dei giudici comuni (per i quali, peraltro, essa costituisce obbligo costituzionalmente imposto)<sup>266</sup>: la parte motiva delle decisioni del Giudice delle leggi non assolve ad una funzione endoprocessuale, non essendo ammessa alcuna forma di impugnazione ma, come è stato segnalato, ha uno scopo essenzialmente persuasivo, finalizzato ad ottenere il consenso dell’uditorio a cui si rivolge<sup>267</sup>. Ciò è reso palese anche dalle argomentazioni necessariamente retoriche che compaiono nel ragionamento della Corte, come messo in luce da un’acuta dottrina<sup>268</sup>.

Rimane da accennare brevemente ad una possibile *pars construens*: l’introduzione di uno scrutinio stretto, preso sul serio (alla statunitense), per tutte le categorie di leggi sopra menzionate potrebbe essere sproporzionato rispetto alle concrete esigenze di tutela dei valori fondamentali sopra menzionati. Appare evidente, infatti, che altro è adottare una legge di sanatoria, altro è approvare una legge-provvedimento, altro ancora è discriminare sulla base del sesso o della razza. L’irriducibile diversità di tali ipotesi impone di distinguerne la gravità e, di conseguenza, il rigore sulle condizioni di ammissibilità (*rectius*, di legittimità costituzionale). A chi scrive pare, infatti, che ciò che di condivisibile (e di esportabile) vi è nell’esperienza statunitense è che lo scrutinio stretto costituisce una forma di difesa di valori apicali e, segnatamente, del principio di eguaglianza (super-norma su cui si regge senza dubbio il nostro ordinamento) e dei diritti inviolabili (che preesistono alla stessa Costituzione e che essa riconosce e garantisce).

Una forma di scrutinio intermedio, in ogni caso con inversione dell’onere della prova, invece, dovrebbe essere adottata per le leggi-provvedimento, intese nell’accezione più ampia, per le leggi di attrazione in sussidiarietà, per le leggi che derogano al riparto di competenze, fermo restando un ordinario controllo di legittimità per le altre leggi. Non può non segnalarsi che alcune di queste ultime, inserite in questa categoria residuale, potrebbero – per una pluralità di motivi – necessitare in futuro di livelli di scrutinio maggiormente rigoroso.

---

<sup>265</sup> Citata da G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 568.

<sup>266</sup> V. l’art. 111 Cost., che comunque parte della dottrina ritiene applicabile direttamente anche alla Corte. Per quanto concerne il Giudice delle leggi, il riferimento espresso alla motivazione è contenuto nell’art. 18 della l. n. 87/1953. Sul tema v. F. RIGANO, *L’obbligo di motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 276 ss.

<sup>267</sup> G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 569 s.

<sup>268</sup> A. SAIITA, *Logica e retorica nelle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, 31: «nel caso delle decisioni degli organi di giustizia costituzionale si interviene nel terreno più ostile alle argomentazioni di tipo logico-formale e la topica giuridica ha la sua più ampia possibilità di affermazione».

#### 4. La presunzione di illegittimità costituzionale nella formazione e nel controllo delle leggi

Qualora si accettasse la nozione di presunzione di illegittimità costituzionale (di cui al precedente “secondo livello”) e si definissero con precisione quali categorie di leggi siano così “marchiate”, si potrebbero ipotizzare le conseguenze pratiche, peraltro non limitate al processo costituzionale strettamente inteso, che ne deriverebbero, tali da riverberarsi sui diversi attori coinvolti, a vario titolo, nella produzione degli atti legislativi, da un lato, e nel controllo sulla loro legittimità, dall’altro (Parlamento, Presidente della Repubblica, giudici comuni, Corte costituzionale).

##### 4.1. Presunzione di illegittimità e legislatore

La prima conseguenza pratica è che, per le leggi appartenenti ad una delle categorie marchiate da una presunzione di invalidità, potrebbe essere opportuna una *motivazione espressa* (quale ne sia la forma prescelta: preambolo, relazione allegata etc.).

Il tema della motivazione delle leggi, come è noto, è stato da tempo affrontato in dottrina<sup>269</sup>, sia prima che dopo l’avvento della Costituzione repubblicana ed è da qualche anno tornato al centro dell’interesse, come dimostrano alcuni contributi monografici<sup>270</sup> ed un convegno di studi dedicato alla questione<sup>271</sup>. Tale interesse, peraltro, va probabilmente inserito nel profondo mutamento culturale in atto, che ha portato, secondo un’attenta dottrina, al passaggio dalla cultura dell’autorità ad una cultura della giustificazione dell’esercizio del potere<sup>272</sup>.

La posizione tradizionale esclude che il legislatore sia tenuto a motivare le proprie scelte: essa è storicamente collegata, tra l’altro, ad una serie di matrici ideologiche tra loro diversissime ma convergenti verso la medesima conclusione, susseguitesì nel tempo, «che vanno dalla definizione del diritto come volontà del sovrano alla definizione della legge come volontà generale, alla concezione secondo cui l’organo legislativo è quello “democratico”, e che tutte si riassumono nella più generale ideologia secondo cui il fondamento dell’autorità legislativa sta nella sua “legittimità” e non nella correttezza del procedimento intellettuale attraverso il quale esercita la sua funzione»<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> Si v. già il noto contributo di V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1937, pt. 1, 415.

<sup>270</sup> L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, spec. 111 ss.; più di recente, S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; M. PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011.

<sup>271</sup> Gli atti del Convegno, che si è svolto il 3 aprile 2014 a Roma, sono in A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Milano, 2015.

<sup>272</sup> In una cultura dell’autorità, il legislatore è concepito come onnipotente e non deve giustificare le proprie decisioni davanti ad alcuna altra istanza; «in una cultura della giustificazione, di contro, il legislatore è tenuto a sua volta a rispettare un insieme di norme di rango superiore – la costituzione – e può essere chiamato in varie sedi (tipicamente una Corte costituzionale) a rispondere del modo in cui le sue determinazioni si pongono rispetto a quell’insieme di norme gerarchicamente superiori. In questo contesto, il cittadino ha diritto di chiedere ad una istanza terza che le decisioni legislative siano assoggettate a scrutinio alla luce dei diritti conferiti dalla costituzione, così come i vari operatori giuridici hanno il diritto (o a seconda dei casi il dovere) di interpretare, di rimodellare le decisioni legislative in modo da renderle coerenti con i principi costituzionali, indipendentemente da, o anche contro le, intenzioni del legislatore. E, quando il legislatore è chiamato a rispondere davanti ad una istanza terza, non può più appellarsi alla propria autorità o alla forza dei numeri: *deve avanzare argomenti coerenti con il quadro costituzionale, deve mostrare che ha tenuto adeguatamente in considerazione tutti i diritti e gli interessi coinvolti*»: così G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 2014, 627 s. (enfasi aggiunta). Tale riflessione, pur se riferita al momento del controllo, presenta indubbi profili di interesse anche per quanto riguarda il tema della motivazione delle leggi (si v., in particolare, la parte evidenziata in corsivo).

<sup>273</sup> G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., 69.

Non mancano, peraltro, posizioni differenti: tralasciando le tesi di chi si muove in una prospettiva *de iure condendo*, le posizioni della dottrina sul tema – alla luce dell’attuale quadro costituzionale – sono, in estrema sintesi, le seguenti: 1) la già citata tesi classica dell’inesistenza di un obbligo di motivazione<sup>274</sup>; 2) l’esistenza di un obbligo di motivazione implicito generalizzato<sup>275</sup>; 3) l’esistenza di un obbligo di motivazione per determinate categorie di leggi<sup>276</sup>.

In relazione a tale ultima posizione, in particolare, alcuni Autori, come è noto, hanno prospettato la possibilità di individuare un obbligo di motivazione limitato ad alcuni di quei casi in cui, come visto in precedenza, la Corte costituzionale procede ad uno scrutinio stretto di costituzionalità. È nota, al riguardo, la tesi del Mortati (ma non solo) relativa alle leggi-provvedimento<sup>277</sup>, la quale non ha tuttavia avuto fortuna nella prassi applicativa. Più di recente, invece, la dottrina ha evidenziato che una spinta nel senso della introduzione di una qualche forma di motivazione degli atti legislativi è stata prodotta dalla riforma del Titolo V della Parte II Cost.: si fa riferimento, in particolare, 1) alla circostanza che il criterio di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni è stato rovesciato (e, dunque, il legislatore statale non ha più competenza generale)<sup>278</sup> e, ai fini che qui interessano, soprattutto, 2) che lo spostamento dell’esercizio delle funzioni amministrative verso l’alto, mediante una legge, costituisce eccezione rispetto alla regola (attribuzione ai Comuni), che può comportare, come già visto, anche un intervento del legislatore statale in materie di competenza regionale<sup>279</sup>. Appare, tuttavia, opportuno distinguere nettamente i casi in cui la motivazione riguarda la base giuridica (il titolo) in forza del quale si agisce (come dovrebbe avvenire in materia di riparto di competenze *ex art.* 117 Cost.) e i casi in cui essa invece si riferisce al contenuto sostanziale di un determinato atto.

Vero è, inoltre, che anche (ma non solo) alla luce della novella costituzionale menzionata, i vincoli all’esercizio della funzione legislativa<sup>280</sup> sono tali e tanti da far dubitare fortemente che – non bastasse da sola l’introduzione di una Costituzione rigida<sup>281</sup>, *id est* superiore<sup>282</sup> – la legge sia

---

<sup>274</sup> Si tratta della posizione maggioritaria in dottrina: si rinvia, per riferimenti bibliografici, all’ampia ricostruzione di M. PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, cit., 1 ss.

<sup>275</sup> In questo senso M. PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, cit., 243 ss., secondo cui «l’obbligo di motivazione [...] si fonda proprio sulla rigidità della nostra Costituzione, ovvero sul fatto che, prima ancora dei vincoli di contenuto derivanti da singole previsioni costituzionali, dall’ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali, la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione [...], costituendo perciò non una regola di singoli casi, ma l’espressione di un principio generale valido in tutte le ipotesi in cui venga esercitata l’attività legislativa, ovvero il criterio che consente di preservare la legalità costituzionale concorrendo a tipizzare l’esercizio del potere» (*ivi*, 249 s.).

<sup>276</sup> V., al riguardo, la posizione del Mortati, citata nella nota successiva.

<sup>277</sup> C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 134 ss., secondo cui «per quelle fra esse [le leggi-provvedimento] per le quali l’attività legislativa sostituisce l’amministrativa non dovrebbero sorgere dubbi circa l’obbligo di far risultare dall’atto i motivi tutte le volte in cui risulti imposto dalle norme riguardanti il tipo di provvedimento adottato, o emerga dai principi generali regolanti il corretto esercizio dell’attività discrezionale della p.a.»; «un obbligo analogo [...] non può non richiedersi anche riguardo a leggi individuali innovative, per consentire una loro più esatta interpretazione ed il miglior espletamento del controllo di costituzionalità».

<sup>278</sup> Nella prassi, tuttavia, ciò non avviene e si rimette, solitamente, l’esatta individuazione del titolo competenziale al Giudice delle leggi, in sede di controllo di legittimità costituzionale.

<sup>279</sup> N. LUPO, *La “motivazione” delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, in [www.consiglio.regione.toscana.it](http://www.consiglio.regione.toscana.it), 12 ss. In tal senso, v. anche G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, cit., 113 ss., il quale ritiene necessaria, più esattamente, una “giustificazione” della legge, relativa alla base normativa del potere esercitato (*ivi*, 117).

<sup>280</sup> Su di essi si v. già i contributi raccolti in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. I. “Vincoli” alla funzione legislativa*, Milano, 1999, ove si distingue tra vincoli interni ed esterni (i quali ultimi si sono arricchiti per effetto delle c.d. sentenze gemelle del 2007).

<sup>281</sup> Lo nota, tra gli altri, anche F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Torino, 2007, 33.

atto fondamentalmente libero nel fine (considerazione che costituisce l'argomento più forte di quanti sostengono la tesi tradizionale).

L'altro argomento – quantunque, forse, non decisivo – contro l'esistenza di un siffatto obbligo nell'attuale ordinamento repubblicano è costituito dal silenzio della Costituzione sul punto<sup>283</sup>. Vi sono poi le obiezioni di chi ritiene – adottando un approccio consequenzialista al problema – che la motivazione (che avrebbe probabilmente tono «didascalico ed esortativo») produce l'effetto di indebolire l'autorità della legge, «la quale non si affida a sé stessa, ma spera nel convincimento dei destinatari»<sup>284</sup>: se i cittadini non fossero convinti dalle ragioni addotte, potrebbero ritenersi sciolti dall'osservanza della legge. Ad avviso di chi scrive, tale ultima posizione, quantunque autorevolmente patrocinata, non appare decisiva: la motivazione, infatti, non dovrebbe servire principalmente a persuadere i destinatari del “comando” legislativo. Questi ultimi, in fondo, secondo la *fictio* democratica (*absit iniuria verbis*), sono gli stessi autori della legge (espressione della volontà generale, secondo la celebre formula dei rivoluzionari francesi, che oggi andrebbe profondamente ripensata nell'ambito di un sistema che prevede una Costituzione rigida). La motivazione risulterebbe utile, invece, in determinati casi, proprio ai fini del controllo di legittimità costituzionale.

Non si vuole qui, tuttavia, prendere una posizione sul tema in termini generali, né ci si vuole riferire a quelle forme embrionali di motivazione degli atti normativi primari del Governo<sup>285</sup>; sarà sufficiente osservare che la questione è affiorata anche in una notissima – per una pluralità di motivi<sup>286</sup> – sentenza della Corte costituzionale, la n. 14/1964: il Giudice delle leggi, rilevando che nella ordinanza di rimessione sembrava prospettarsi la necessità di una motivazione dell'atto oggetto del giudizio (la legge di nazionalizzazione della energia elettrica, istitutiva dell'ENEL), quanto alla sussistenza dei fini di utilità generale, di cui all'art. 43 Cost., affermò che «di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e

---

<sup>282</sup> Secondo la lettura che dà della fortunata classificazione proposta da Bryce, A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., che può essere così riassunta: «superiorità giuridica della costituzione e rigidità della stessa sono le due facce della stessa medaglia» (ivi, 77).

<sup>283</sup> Nel senso che la mancata previsione costituzionale e la libertà del legislatore nella scelta dei fini costituiscano i due argomenti principali a favore dell'inesistenza di un obbligo generale di motivazione per gli atti legislativi, v. P. CARETTI, *Motivazione. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 5.

<sup>284</sup> N. IRTI, *Tecnica della legislazione civile e responsabilità della dottrina*, in ID., *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999, 211 s., secondo cui «il legislatore persuasivo rischia così di essere, o di apparire, un legislatore impotente».

<sup>285</sup> Sul tema, di recente, C. DEODATO, *Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà*, in A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge?*, cit., 31 ss. Sul problema della motivazione del decreto-legge, v. S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in *Federalismi.it*, 5 settembre 2007, cui si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici.

<sup>286</sup> In quella decisione, infatti, il Giudice delle leggi ha: 1) affermato che il principio posto dall'art. 67 Cost. è volto a garantire esclusivamente la libertà dei parlamentari e che la circostanza che essi abbiano votato a favore di una legge solo per obbedienza al proprio partito non produce effetti quanto alla validità della legge stessa; 2) descritto un test per valutare l'eventuale violazione dell'art. 43 Cost. (in particolare, per quanto riguarda i «fini di utilità generale»); 3) riconosciuto che l'art. 11 Cost. consente di concludere trattati internazionali che comportino limitazioni di sovranità e di darvi esecuzione con legge ordinaria; 4) dato avvio alla prima fase del proprio cammino comunitario (si usa qui, *ante litteram*, la celebre espressione di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.), affermando, sostanzialmente, che il contrasto tra norme interne e norme comunitarie dovesse essere regolato dal criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, senza riconoscere, dunque, il primato delle seconde (per le varie fasi del cammino comunitario, v. A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto*, cit., spec. 229 ss.).



le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto»<sup>287</sup>. Si tratta di una posizione che, sostanzialmente, è rimasta ferma nella giurisprudenza successiva: «la legge regionale, al pari di ogni altro atto avente valore di legge, non esige una motivazione» (sent. n. 390/1989); l'art. 3 della l. n. 241/1990 non impone un obbligo di motivazione degli atti legislativi (anche se non lo vieta; così la sent. n. 379/2004, relativa allo Statuto della Regione Emilia-Romagna)<sup>288</sup>. Uno spunto in senso contrario sembra peraltro rinvenibile nella recente, e per altri aspetti controversa, sentenza n. 70 del 2015<sup>289</sup>.

Si segnala, solo incidentalmente, che un obbligo di specifica veste formale per la motivazione delle leggi è stato imposto dall'art. 39, comma 2, dello Statuto della Regione Toscana<sup>290</sup>.

Preso atto che, sulla base del diritto costituzionale «effettivo e vigente»<sup>291</sup>, un obbligo siffatto non sembra esistere per le leggi formali e impregiudicato il problema che si arrivi o meno in futuro all'introduzione di una motivazione anche per esse (prendendo a modello, per esempio, quanto avviene per gli atti normativi dell'UE)<sup>292</sup>, non può disconoscersi – riprendendo e sviluppando le intuizioni della dottrina sopra richiamata – non tanto l'esistenza di un obbligo, quanto l'opportunità della introduzione di una motivazione per le leggi che si presumono illegittime<sup>293</sup>. In questo caso, infatti, vi è un indice sintomatico della possibile invalidità, ossia di una funzione legislativa svolta al di fuori dei suoi limiti esterni (per chi ricostruisce in questi termini il rapporto tra legge e Costituzione). Per chi invece sostiene la tesi secondo cui la legge costituisce necessario svolgimento e attuazione di principi costituzionali<sup>294</sup> – basata sulla ordinarietà e ripetibilità della legge, in contrapposizione alla straordinarietà ed irripetibilità del momento costituente – sembra potersi comunque affermare che, se nella generalità dei casi, il legislatore deve poter godere della presunzione di aver svolto correttamente questo compito di attuazione dei principi costituzionali senza necessità che ciò trovi formale giustificazione (dovendo essere provato il contrario), tale regola dovrebbe venir meno nel caso in cui lo stesso legislatore si sia mosso nel senso della potenziale incisione dei valori fondamentali ai quali

---

<sup>287</sup> Corte cost., sent. n. 14/1964, n. 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>288</sup> V. art. 17 dello Statuto regionale.

<sup>289</sup> Per questa ricostruzione, v. G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 maggio 2015.

<sup>290</sup> «Le leggi e i regolamenti sono motivati, nei modi previsti dalla legge». Sul tema, di recente, A. G. ARABIA, *I limiti della motivazione delle leggi regionali. L'esperienza toscana a sei anni dall'introduzione dell'obbligo di motivare gli atti normativi*, in EAD. (a cura di), *Motivare la legge?*, cit., 107 ss.

<sup>291</sup> Quello espresso dalla giurisprudenza costituzionale: così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 21. Un'opinione analoga, come ricorda A. D'ATENA, *Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione*, in F. GIUFFRÈ-I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 395, fu espressa da L. PALADIN, secondo cui «La Corte si pone come l'interprete, per eccellenza, della Costituzione; sicché la sua giurisprudenza non forma un diritto costituzionale parallelo, o una sorta di costituzione materiale, bensì produce per definizione il diritto costituzionale vivente». Lo stesso A. D'ATENA, *op. e loc. cit.*, rammenta anche la celebre affermazione, naturalmente riferita a ben altro contesto ordinamentale, del Chief Justice Charles Evans Hughes: «We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is».

<sup>292</sup> L'art. 296, par. 2, TFUE prevede che tutti gli atti giuridici dell'Unione siano motivati e che debbano fare riferimento alle «proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati». Sul tema v. S. MANGIAMELI, *La motivazione degli atti normativi europei*, in A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge?*, cit., 11 ss.

<sup>293</sup> Per la tesi dell'opportunità della motivazione, nel caso di norme riproduttive di altre dichiarate incostituzionali, v. F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., 317 ss.

<sup>294</sup> È la celebre tesi, a cui abbiamo già fatto cenno, di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*. Vol. I. *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 157 ss.; ID., *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, 6 ss.

abbiamo fatto riferimento. Ciò dovrebbe avvenire (principalmente) in vista di un più efficace controllo della Corte costituzionale, la quale, senza dubbio, non si arresterebbe alla motivazione fornita dal legislatore, dovendo invece svolgere una ricostruzione ben più ampia e complessa, della quale, però, proprio la motivazione potrebbe costituire uno degli elementi (non essendo ovviamente la motivazione *sufficiente* e, visto che sino ad oggi non ve ne è stata traccia, a rigore neanche *necessaria* ai fini del giudizio di costituzionalità).

In assenza di una espressa motivazione, peraltro, una maggiore ponderazione e valutazione di tutti gli elementi di fatto e di diritto nel caso di leggi presuntivamente illegittime potrebbe essere suggerita dal Presidente della Repubblica attraverso il rinvio della legge alle Camere, *ex art. 74 della Costituzione*<sup>295</sup>. Vero è che vi è una qualche tendenza del Capo dello Stato ad esercitare tale potere solo in caso di «manifesta incostituzionalità»<sup>296</sup>, ma è anche vero che proprio l'esistenza di leggi che presentano indici di sospetto potrebbe fornire qualche solido aggancio per un esercizio più ampio di tale prerogativa, sino ad oggi utilizzata con estrema parsimonia. Si sottolinea diffusamente, in dottrina, la difficoltà di delimitare con esattezza le ragioni che possono indurre il Capo dello Stato ad esercitare tale delicato potere (anche per il silenzio della Costituzione sul punto)<sup>297</sup>: l'approvazione di una legge appartenente ad una delle categorie sospette – nel significato sopra precisato – potrebbe, dunque, limitando la discrezionalità del Presidente, costituire occasione per un esercizio costituzionalmente giustificato di tale potere.

#### 4.2. Presunzione di illegittimità e giudici comuni

Si potrebbe sostenere che sarebbe quantomeno inopportuna – per le leggi marchiate dalla presunzione di illegittimità costituzionale – una dichiarazione di «manifesta infondatezza» da parte del giudice comune che si trovasse a dover fare applicazione di una di queste leggi nel corso di un processo. In questi casi apparirebbe preferibile, al contrario, che egli utilizzasse le sue chiavi per aprire il Palazzo della Consulta<sup>298</sup>, per permettere alla questione di legittimità di essere risolta dal suo giudice naturale (che, pur nel segnalato slittamento verso un sindacato accentratocollaborativo<sup>299</sup>, rimane la Corte costituzionale).

Effettivamente, la questione di legittimità di una disposizione che si presume invalida, per i motivi sopra accennati, difficilmente potrebbe apparire «manifestamente infondata»<sup>300</sup>. Tale

---

<sup>295</sup> Potere che è stato utilizzato in modo assai parco dai Presidenti della Repubblica: cfr. R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011, 2. Sul tema, nella dottrina più recente, v. P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Milano, 2000; D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, Milano, 2011; O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, 227 ss.; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011.

<sup>296</sup> In questi termini si espresse, seppur informalmente, l'allora Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi, come ricorda G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2011, 4. Sembra confermare questa tendenza il già accennato scarso utilizzo di tale potere.

<sup>297</sup> Per la ricostruzione del dibattito dottrinale sui «motivi» del rinvio, v., oltre alla dottrina citata *supra*, in nota 295, G. GROTANELLI DE' SANTI, *Artt. 73-74*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, Tomo I.1, Bologna-Roma, 1985, 196 ss. e, più di recente, S. PAJNO, *Art. 74*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. II, 1439 ss. Ampi riferimenti dottrinali si trovano anche in S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 244 ss.

<sup>298</sup> L'immagine è di P. Calamandrei, come ricordato da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2. *L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, V ed., Padova, 1984, 263.

<sup>299</sup> Secondo la felice definizione di E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratocollaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. III, 1843 ss.

<sup>300</sup> Nel senso che, dinanzi ad una norma identica ad altra già dichiarata incostituzionale, il giudice dovrebbe ritenersi obbligato a sollevare la questione di costituzionalità davanti alla Corte, v. F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*,

opportunità, peraltro, dovrebbe valere, in termini maggiormente stringenti, per il giudice che si trovasse a sollevare per primo la questione di legittimità costituzionale: ciò non solo per evidenti ragioni pratiche, ma anche perché l'eventuale sentenza di rigetto della Corte, se non sufficiente ad attribuire una patente di costituzionalità alla disposizione (visto che, in questi casi, la Corte si pronuncia sulla *questione* e non anche sulla *legge*)<sup>301</sup> dovrebbe essere ritenuta idonea, quantomeno, a depotenziare (se non a sovvertire) la presunzione di illegittimità.

Non si ignora che tale tesi sarebbe stata maggiormente sostenibile laddove il ruolo del giudice comune fosse rimasto quello avallato dalla prima giurisprudenza costituzionale e maggiormente aderente al dato legislativo<sup>302</sup>, secondo cui il dubbio di costituzionalità doveva essere non assolutamente irrazionale (cervellotico) ai fini del sollevamento della questione. Come è noto, infatti, anche per favorire l'afflusso di questioni di costituzionalità, nella prima fase della giurisprudenza costituzionale<sup>303</sup>, si riteneva pacificamente che il giudice dovesse svolgere un filtro piuttosto blando, volto a censurare esclusivamente iniziative dilatorie della parti e ad evitare che giungessero alla Corte (per evitare un sovraccarico di inutile lavoro) questioni, appunto, «manifestamente infondate»<sup>304</sup>. Come è stato esattamente rilevato, il giudice, per non sollevare l'incidente di costituzionalità, doveva ritenere la norma *manifestamente conforme a Costituzione*<sup>305</sup>.

Come è noto, tale situazione è stata superata dalla giurisprudenza costituzionale, a seguito dello «spartiacque»<sup>306</sup> rappresentato dalla sent. n. 356/1996: attualmente il giudice comune – prima di adire la Corte costituzionale – deve esperire ogni tentativo ermeneutico per superare il dubbio di legittimità costituzionale (c.d. interpretazione conforme), e dunque deve essere, in fondo, convinto della incostituzionalità. Alla luce di tale impostazione, in cui si chiede ai giudici, sostanzialmente, la «prova» dell'incostituzionalità della legge<sup>307</sup>, l'ipotesi qui accennata –

---

cit., 317 ed ivi il rinvio a R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 516.

<sup>301</sup> Laddove, nelle sentenze di accoglimento, la Corte si pronuncia *sulla questione e sulla legge*: per tutti, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia*, cit., 152. I due A., in relazione all'impossibilità di una decisione che attesti definitivamente la legittimità costituzionale di una norma, citano anche la sent. n. 50/2006 (*ivi*, 153), in cui si afferma: «nel nostro sistema di garanzie costituzionali non è assolutamente ipotizzabile un giudicato sulla legittimità costituzionale di una norma» (n. 3.3 del *Considerato in diritto*). Tale principio, che nel caso di specie veniva affermato con riferimento ad una decisione della Cassazione – la quale, nella disattesa prospettazione delle parti, aveva già risolto, in senso positivo, il problema della conformità a Costituzione della norma censurata – ha senza dubbio valore generale (e riguarda, pertanto, anche le sentenze di rigetto della Corte costituzionale).

<sup>302</sup> Art. 1 della l. cost. n. 1/1948 e art. 23, comma 2, della l. n. 87/1953.

<sup>303</sup> V., tra le tante, la sent. n. 23/1978, n. 3 del *Considerato in diritto*: «Il requisito indicato dall'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, per cui la questione non dev'essere «manifestamente infondata», non comporta che il giudice stesso sia convinto della fondatezza e non esclude nemmeno che egli rimanga soggettivamente persuaso del contrario; è invece sufficiente che esistano oggettive ragioni di incertezza [...]». Tale decisione rimanda alla sent. n. 161/1977, citata anche da G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 291.

<sup>304</sup> In questo senso, *ex multis*, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 198.

<sup>305</sup> Per questo rilievo, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, cit., 294. Una ricostruzione critica delle posizioni della più risalente dottrina sul tema della non manifesta infondatezza si trova in F. PIZZETTI-G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972, 80 ss.

<sup>306</sup> Così E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'età repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 88, secondo cui essa segna il passaggio dagli «anni delle prove d'orchestra» all'«epoca attuale».

<sup>307</sup> M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, già in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, vol. III e ora in ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 66, nota 119, rileva le analogie con il sistema tedesco dove però, come ricorda lo stesso A., è positivamente previsto che il giudice debba essere convinto della incostituzionalità della norma per sollevare la questione.

secondo cui il giudice dovrebbe essere prudente nel dichiarare la «manifesta infondatezza» nel caso di leggi presuntivamente illegittime – appare meno accettabile<sup>308</sup>.

Non si può non segnalare, peraltro, che come è stato acutamente proposto, l'interpretazione conforme dovrebbe cedere a fronte di compressione di diritti inviolabili<sup>309</sup>: similmente potrebbe dirsi, in generale, delle leggi la cui illegittimità è presunta, per le quali ragioni di certezza del diritto sembrerebbero da preferire rispetto ai pur innegabili vantaggi che presenta un uso prudente e consapevole del canone della interpretazione conforme.

In ogni caso, è pur vero che l'interpretazione adeguatrice può esplicitarsi laddove vi sia un testo capace di esprimere una pluralità di norme: nel caso in cui ciò non avvenga, le osservazioni sopra riportate potrebbero tornare utili. Si pensi, ad esempio, alla recente vicenda dell'esclusione dei cittadini stranieri dal servizio civile, portata all'attenzione della Corte da un'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in un procedimento finalizzato all'enunciazione di un principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363, terzo comma, c. p. c.* (circostanza “processuale” che ha suscitato un giustificato interesse in dottrina)<sup>310</sup>. La questione investiva la disposizione (art. 3 del d. lgs. n. 77/2002) che espressamente prevedeva il possesso della cittadinanza italiana quale requisito per la partecipazione al servizio civile

---

<sup>308</sup> Cfr., per tutti, M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2012, 1: «Il principio disciplinatore dei rapporti tra giudici e Corte – la “non manifesta infondatezza” della questione – prescriveva, nel suo significato originario, che qualora il giudice avesse un minimamente serio dubbio sulla incostituzionalità di una norma “dovesse” sollevare la questione davanti alla Corte. La non manifesta infondatezza non prescriveva, cioè, che il giudice “potesse” sollevare la questione solo quando la questione apparisse non platealmente vacua e cervelotica; ma che il giudice “dovesse” sollevare la questione tutte le volte che, a fronte di un dubbio sulla incostituzionalità di una norma, si convincesse che, per scacciare quel dubbio, fosse necessario un minimo di seria argomentazione [...] La Corte [...] ha trasformato la non manifesta infondatezza in un principio che prescrive che il giudice, qualora abbia un minimamente serio dubbio sulla incostituzionalità di una norma, “non deve” sollevare la questione davanti alla Corte, ma deve, invece, compiere ogni sforzo per attribuire alla disposizione da cui quella norma è tratta un significato non incompatibile con la Costituzione. La non manifesta infondatezza – in questa nuova versione – prescrive che il giudice “deve” sollevare la questione soltanto se, a fronte di un dubbio sulla incostituzionalità di una norma, si convince che nessuna argomentazione riesce ad attribuire al testo, al documento normativo di cui quella norma costituisce un significato, un altro significato non incompatibile con la Costituzione. Dalla “non manifesta infondatezza” si passa così alla “accertata fondatezza”. Tale posizione non è condivisa da G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 294, secondo i quali, più semplicemente, il giudice, di fronte al primo dubbio, dovrebbe cercare di utilizzare i propri poteri interpretativi e, nel caso in cui non riesca a superarlo, sollevare la questione di legittimità: «non si tratta, però, della trasformazione della “non manifesta infondatezza” in “fondatezza”, né, tantomeno, in manifesta fondatezza».

<sup>309</sup> S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, in *Giur. it.*, 2013, 524, secondo cui «Occorre chiedersi se, con riferimento a questi ultimi [i diritti costituzionalmente garantiti], la garanzia offerta da un'interpretazione adeguatrice sia sufficiente o se, al contrario, non serva una tutela più incisiva. Affidare la modulazione interpretativa di una norma indissolubilmente legata al diritto fondamentale della libertà personale all'opera di interpretazione del giudice comune è situazione ben diversa dal dichiarare, una volta per tutte e con valenza *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale della norma in questione. Tale riflessione potrebbe non essere limitata al caso di specie ma, al contrario, avere una forza intrinsecamente generale: se è chiaro che non tutte le norme ordinamentali possono essere sottoposte al controllo di legittimità, risultando quindi fondamentale l'opera di interpretazione adeguatrice, diverso è il caso in cui le norme in questione abbiano ad oggetto un diritto fondamentale. In tale ipotesi, sembra quantomeno doveroso chiedersi se l'interpretazione costituzionalmente orientata, seppur basata su un sentenza costituzionale, sia sufficiente o se, al contrario, trattandosi di valori fondamentali sia necessaria la produzione di quegli effetti che, utilizzando le parole della stessa Corte, “solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre”».

<sup>310</sup> Sul tema v. R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta Online*, 2015, fasc. II; M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questione di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2015.

nazionale, che il rimettente riteneva illegittima, oltre che per eccesso di delega, anche per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost.

In questo caso – salvo davvero ritenere che i simboli non abbiano significato<sup>311</sup> – non si poteva disinnescare il possibile contrasto con la Costituzione proponendo una nuova norma: la disposizione appariva sufficientemente chiara ed univoca nel suo orizzonte di senso. Ciò che rimaneva da considerare era se l'esclusione degli stranieri dal servizio civile fosse o no conforme a Costituzione: ciò che solo il Giudice delle leggi poteva fare. La questione è stata infatti decisa, nel senso dell'accoglimento, con la sent. n. 119/2015.

Laddove non si volesse accedere alla tesi qui prospettata, peraltro, si potrebbe ipotizzare che, in tali casi, l'ordinanza con cui il giudice comune dichiara la manifesta infondatezza della questione dovrebbe contenere una motivazione maggiormente pregnante di quanto avviene nella generalità dei casi (in cui già, per espressa disposizione positiva, è necessaria un'adeguata motivazione)<sup>312</sup>.

#### 4.3. Presunzione di illegittimità e Corte costituzionale

##### 4.3.1. La presunzione di illegittimità e la motivazione

A chi scrive pare che, prendendo le mosse dalla presunzione di illegittimità di una determinata legge, la Corte costituzionale sarebbe chiamata a svolgere il suo ruolo di controllo in termini profondamente diversi da quanto attualmente avviene.

Occorre anzitutto ribadire che non si può discorrere, quanto al processo costituzionale introdotto in via incidentale, di un onere della prova inteso come distribuzione dell'attività istruttoria delle parti. Il giudice *a quo* – colui che contesta (o manifesta un dubbio sul)la legittimità della legge – non è parte del giudizio, né è necessario che si costituiscano le parti del processo principale, o che intervenga l'Avvocatura dello Stato (o la difesa regionale) a propugnare la legittimità della legge (ben potendo, inoltre, quantomeno teoricamente, la difesa della parte pubblica schierarsi a sostegno dell'invalidità)<sup>313</sup>. Si tratta, come è stato già accennato, di un giudizio «senza parti» o «a parti eventuali».

Ciò non toglie, tuttavia, che la Corte, nel giudicare della legittimità di una norma – nella generalità dei casi – verifica se sussistono, nei limiti dell'impugnazione, ragioni per cui essa contrasti con la Costituzione: se queste ragioni non sussistono, ovvero sussiste un dubbio sulla loro esistenza (dubbio che può riguardare, soprattutto nel giudizio di ragionevolezza, anche delle circostanze di fatto), essa dovrebbe astenersi dall'adottare una sentenza di accoglimento, giocando l'incertezza a favore del legislatore democratico. Peraltro, l'esistenza di un dubbio potrebbe sembrare ipotesi di carattere squisitamente soggettivo o psicologico (stato di dubbio dei singoli giudici): in realtà, sembrano sussistere situazioni in cui l'esistenza di un dubbio può essere oggettivamente verificata, come, ad esempio, laddove una certa situazione di fatto (necessaria per valutare la costituzionalità di una legge) risulti incerta allo stato delle conoscenze scientifiche o tecnologiche.

---

<sup>311</sup> E che, dunque, riprendendo un'immagine di M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in *Consulta Online*, 2013, 4 (ora in ID., *Interpretare*, cit., 123 s.), un cavallo possa diventare un albero.

<sup>312</sup> Art. 24 della legge n. 87/1953.

<sup>313</sup> V. E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, IV ed., Torino, 2013, 119, che ricordano – tra le poche eccezioni alla regola per cui il Presidente del Consiglio dei ministri chiede la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto della questione – quattro casi tra il 1995 e il 1996.

Nel caso di leggi che, invece, si presumono illegittime, la Corte dovrebbe muovere il suo ragionamento dall'assunto opposto, ricadendo sul legislatore (tramite espressa motivazione, lavori preparatori etc.), o direttamente sul Presidente del Consiglio dei Ministri, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, l'onere di "provare" (argomentare) la validità della legge in questione. In mancanza, non essendo il giudizio di legittimità costituzionale basato su un rigido riparto degli oneri tra le parti, potrebbe provvedervi la Corte stessa. Qualora ciò non fosse possibile, si dovrebbe procedere alla declaratoria di incostituzionalità: in questo caso il *dubbio dovrebbe giocare contro il legislatore*.

Nel caso di giudizio in via principale, invece, vero e proprio giudizio tra parti, laddove si decidesse di ricostruire le leggi di attrazione in sussidiarietà legislativa come leggi presuntivamente incostituzionali – ma, come visto sopra, ciò appare problematico, anche se non da escludere – si potrebbe addirittura ipotizzare una vera distribuzione degli oneri probatori (argomentativi) tra Stato e Regioni, potendo, in ipotesi, la Regione ricorrente addirittura – ma è una tesi estrema – limitarsi ad impugnare la legge dello Stato, al quale spetterebbe difenderne la legittimità. Lo stesso sembrava potersi dire per ogni questione di legittimità costituzionale relativa al riparto di competenze legislative, per effetto della riforma del Titolo V: ciò probabilmente non è più alla luce di una giurisprudenza che tende a valorizzare il ruolo della Corte, a scapito di quello delle parti.

Tali schemi di giudizio e di argomentazione potrebbero essere non inutili al fine di un'ulteriore valorizzazione e consolidamento dell'autonomia del diritto processuale costituzionale<sup>314</sup>. Inoltre, la formalizzazione di standard o protocolli di valutazione risulterebbe rilevante ai fini della c.d. efficacia esterna della motivazione, in funzione persuasiva dei destinatari della pronuncia (potenzialmente, la generalità dei consociati, oltre che gli altri poteri dello Stato, tra cui, *in primis*, il legislatore)<sup>315</sup>.

#### 4.3.2. *La presunzione di illegittimità al momento della decisione*

Un ultimo aspetto che si vuole suggerire – riguardante ancora le decisioni della Corte costituzionale – si muove in una prospettiva *de iure condendo*. Si è fatto riferimento, subito sopra, al problema della motivazione delle sentenze della Corte costituzionale; ma l'esistenza di una presunzione di illegittimità potrebbe rilevare anche nel momento in cui – una volta esclusa una decisione di inammissibilità – i giudici costituzionali, riuniti in camera di consiglio, si trovino di fronte alla dilemmatica alternativa tra accoglimento e rigetto della questione di costituzionalità.

È stata messa in luce, da parte di un illustre *ex* Presidente della Corte, la delicatezza delle decisioni prese a maggioranza in un consesso quale la Corte costituzionale e la necessità di cercare le più ampie convergenze per giungere ad una pronuncia condivisa<sup>316</sup>. Il tema, peraltro, è

---

<sup>314</sup> Con riferimento, per quanto qui interessa, al giudizio di costituzionalità delle leggi, giacché, come messo in luce da G. ZAGREBESKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 522 s., difficilmente potrebbe condursi un discorso unitario e generale sul «processo costituzionale».

<sup>315</sup> Sui «destinatari» delle sentenze della Corte costituzionale, v. almeno A. SAITTA, *Logica e retorica*, cit., 117 ss. e 307 ss.

<sup>316</sup> G. ZAGREBESKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, *passim* ma spec. 17 ss., 41 ss., secondo cui addirittura «il voto decidente è *l'extrema ratio*, alla quale si ricorre perché alla fine, se non è stato possibile renderlo superfluo dall'ampio consenso che si sia venuto a formare, occorre pur andare avanti in qualche modo. Ma quando si vota, rimane sempre un senso di amarezza, anche nel caso in cui si sia partecipato alla maggioranza» (*ivi*, 47 s.). S. CASSESE, *Intervento senza titolo*, in P. PASQUINO-B. RANDAZZO (a cura di), *Come*

recentemente tornato al centro dell'attenzione per effetto di una sentenza molto discussa, la già citata decisione n. 70/2015, che sarebbe stata adottata a strettissima maggioranza (con lo scarto di un solo voto)<sup>317</sup>; ciò ha, tra l'altro, fornito l'occasione per ipotizzare una riforma nel senso della introduzione della maggioranza qualificata dei due terzi dei giudici per la dichiarazione di illegittimità costituzionale<sup>318</sup>, soluzione che – sia detto qui incidentalmente – nonostante l'autorevolezza dello studioso che la ha proposta, non appare auspicabile.

Come è noto, allo stato attuale, è previsto che, in caso di parità nella votazione in camera di consiglio, il voto del Presidente risulti decisivo, facendo pendere la bilancia dalla propria parte<sup>319</sup>, sia che, al momento di votare per ultimo, la situazione sia di parità (in caso di collegio al completo, sette a sette), sia che, invece, vi sia lo scarto di un voto e il Presidente si schieri dalla parte sino ad allora minoritaria (in questo caso, il suo voto assume, di fatto, un valore doppio rispetto a quello degli altri giudici). Tale disposizione è stata sottoposta a critica dalla dottrina più risalente, in quanto capace di alterare la *par condicio* dei membri del collegio, suscitando persino dubbi di legittimità costituzionale<sup>320</sup>.

Nell'analizzare le possibili alternative volte comunque a consentire che la Corte addivenga ad una decisione in caso di parità, in dottrina si è evidenziata la possibilità di presumere la legittimità della legge (*favor legis*) o, al contrario, l'illegittimità della stessa (*favor constitutionis*): gli stessi Autori che hanno paventato tali opzioni, tuttavia, hanno avvertito che si tratta di «formule entrambe inapplicabili nel loro astratto rigore»<sup>321</sup>. Il primo dei due corni dell'alternativa costituisce, come è noto, una regola non sconosciuta ad altri ordinamenti: per quanto riguarda le decisioni del *Bundesverfassungsgericht*, ad esempio, è previsto che, in caso di parità, la legge non possa essere dichiarata incostituzionale<sup>322</sup>.

---

*decidono le Corti costituzionali (e altre Corti) – How Constitutional courts make decisions*, Milano, 2009, 114, ricorda che la discussione in Parlamento, in principio, serve per contarsi, nelle Corti costituzionali per convincersi.

<sup>317</sup> L'uso del condizionale appare necessario dato il segreto che, ufficialmente, circonda la camera di consiglio della Corte costituzionale, almeno sino a quando non verrà accolta la proposta, da molti ventilata ma densa di profili problematici, della introduzione della *dissenting opinion*: sul tema, v. almeno S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998; A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Milano, 1995, oltre al più risalente C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964.

<sup>318</sup> A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2015, 4.

<sup>319</sup> Art. 16, comma 3, l. n. 87/1953 e art. 17, comma 3, delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*. Tale regola non vale nel c.d. processo penale costituzionale, in cui vige il diverso principio del *favor rei* (v. art. 28, comma 2, l. n. 20/1962).

<sup>320</sup> Posizioni critiche sul «valore doppio» del voto del Presidente della Corte sono state espresse da T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale* [1981], ora in ID., *Opere*, Tomo II. *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano, 2000, spec. 781 ss. e già da G. D'ORAZIO, *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Milano, 1966, 337 ss. Di recente si è occupato del tema anche G. PEPE, *La primazia negli organi collegiali pubblici*, Napoli, 2014, 194 ss. Più in generale, sul Presidente della Corte, v. G. CERRINA FERONI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1994, 667 ss.; G. AZZARITI, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 182 ss.; M. SICLARI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in A. ANZON-G. AZZARITI-M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, 2004, 159 ss.

<sup>321</sup> A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 56. T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale*, cit., 784, prospetta, al riguardo, oltre alla predeterminazione legale del risultato della votazione in uno dei due sensi, le seguenti soluzioni, delle quali pure vede i limiti: considerare la proposta soggetta a votazione come non approvata o reiterare la votazione sino al raggiungimento della maggioranza assoluta dei votanti.

<sup>322</sup> «Bei Stimmgleichheit kann ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden» (art. 15, quarto comma, ult. periodo, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz-BVerfGG*). Di «rigetto per presunzione di costituzionalità» parla S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta «opinione dissenziente»*, in *Quaderni*

Giacché chi scrive condivide l'impostazione secondo cui non esistono ragioni decisive per imporre, come regola priva di eccezioni, il *favor legis* o il *favor constitutionis*, si potrebbe ipotizzare di distinguere tra generalità delle leggi (in cui la situazione di parità imporrebbe il rigetto della questione) e leggi marchiate da presunzione di illegittimità (per cui dovrebbe valere l'esito opposto). Si tratta, come è evidente, di una ipotesi che andrebbe meglio elaborata, non fosse altro per la difficoltà di codificare una simile regola (e, dunque, procedere ad elencare i casi in cui una legge sia presuntivamente illegittima). È pur vero che, se vi fosse la volontà, ciò sarebbe pur sempre possibile, sia pure con formula inevitabilmente generica.

---

*costituzionali*, 2009 e ora in ID., *Dentro la Corte*, cit., 280; in senso analogo, già G. D'ORAZIO, *Aspetti dello status*, cit., 345.