Alessandro Pace

La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*

1. La trattazione della causa nelle pubbliche udienze.

A prima vista non vi sono, dal punto di vista dell'avvocato, rilevanti differenze tra la Corte costituzionale e le altre magistrature superiori nella trattazione orale della causa. Il giudizio viene infatti celebrato dinanzi ai quindici giudici costituzionali (la stessa composizione numerica che originariamente caratterizzava le Sezioni unite della Corte di cassazione) press'a poco con le stesse modalità seguite dinanzi a tutte le supreme magistrature. La trattazione è preceduta dalla relazione del giudice redattore designato, che in sostanza è costituita dalla lettura di quello che sarà il «Ritenuto in fatto» delle decisioni della Corte.

Il giudice costituzionale prof. Cassese, di recente eletto, ha però introdotto una nuova prassi: anziché leggere il «Ritenuto in fatto», come gli altri giudici, egli da un lato si limita ad indicare i punti nodali della causa (la questione di legittimità costituzionale [q.l.c.] e le eventuali sottoquestioni), dall'altro evidenzia i punti delle rispettive difese che gli avvocati delle parti dovrebbero meglio chiarire. È però ancora troppo presto per poter affermare che ciò preluda ad un mutamento corale della prassi finora invalsa.

Dopo la relazione prendono per primi la parola i difensori (uno o più) della parte che ha interesse all'accoglimento del ricorso o della q.l.c., poi i difensori della parte convenuta o resistente, quindi i difensori degli eventuali controinteressati nel giudizio *a quo* e infine il

* Articolo pubblicato anche sul *Giornale di storia costituzionale*, 2006, fascicolo n. 11.

rappresentante dell'Avvocatura generale dello Stato. In passato si ammetteva la possibilità di repliche, ancorché brevi. Ora non più.

Il Presidente interviene solo per governare la discussione e quindi, di massima, non si rivolge al difensore per chiedergli chiarimenti in punto di fatto o di diritto. Nella mia esperienza ricordo che mi sono state rivolte precise domande su aspetti fattuali della q.l.c. solo due volte, entrambe da parte di due ottimi presidenti del collegio provenienti dalla magistratura: la prima dal Presidente f.f. Gionfrida nel corso dell'udienza che opponeva la Rai alla Rizzoli Editore s.p.a. nel giudizio relativo alla legittimità costituzionale del monopolio radiotelevisivo statale via etere terrestre su scala nazionale (causa che si concluse con la sentenza di rigetto n. 148 del 1981, rel. Maccarone); la seconda dal Presidente Chieppa nel corso dell'udienza concernente la q.l.c. di una norma che, ai fini dell'esonero dall'esame per l'iscrizione nel registro dei revisori contabili, non prendeva in considerazione la posizione di coloro che alla data di entrata in vigore della legge avessero ancora in corso la sessione d'esame per l'iscrizione all'albo professionale di ragioniere e perito commerciale (giudizio conclusosi con la sentenza d'accoglimento n. 35 del 2004, red. Onida, che sostituì la rel. Contri, evidentemente in disaccordo sul dispositivo della decisione).

In entrambi i casi la perfetta conoscenza dei fatti era della massima importanza: nel primo caso perché si discuteva della capacità interferenziale delle radiofrequenze utilizzate dalla rete PIN della Rizzoli a danno del servizio pubblico; nel secondo perché soltanto nel distretto Milano-Lodi - con riferimento al quale aveva preso le mosse il giudizio *a quo* - le prove orali degli esami professionali di ragioniere si erano protratte oltre la data ritenuta rilevante dal

legislatore ai fini dell'esonero dall'esame per l'iscrizione nel registro dei revisori contabili (e cioè la data di entrata in vigore della legge).

2. La «spirito» della Consulta.

Discutere una causa dinanzi alla Corte costituzionale rappresenta, per un avvocato che sia anche studioso di diritto costituzionale, il *top* delle proprie aspirazioni professionali.

A parte il rilievo che per i giudici della Corte costituzionale la conoscenza del diritto costituzionale non rappresenta un *optional* - e quindi il costituzionalista parla con la sicurezza di essere compreso (come non sempre accade con altre supreme magistrature) -, è lo stesso «ambiente» che è gratificante. La struttura dell'aula d'udienza - nella quale i quindici giudici, pur sedendo su tre dei quattro lati della sala, non sono così incommensurabilmente lontani dal banco dei difensori come nell'aula delle Sezioni unite della Corte di cassazione - e la sobria eleganza di essa danno una sensazione di vicinanza ideale e di comunanza di lavoro tra giudici e avvocati.

Una comunanza di lavoro che i Presidenti della Corte hanno sempre inteso sottolineare e ribadire nella cerimonia di commiato in onore dei giudici costituzionali che partecipano per l'ultima volta ad una pubblica udienza, ai quali viene rivolto il saluto di un avvocato del libero foro e di un rappresentante dell'Avvocatura generale dello Stato.

Ma c'è di più. Per uno studioso di diritto costituzionale ciò che rende particolarmente gratificante discutere una causa alla Consulta è che nel collegio decidente siedono invariabilmente alcuni (talvolta svariati) colleghi professori universitari dai quali non ci si

aspetta certo un trattamento di favore, ma la cui comune provenienza accademica fa almeno presumere che gli *ex* colleghi staranno a sentirlo, quanto meno per curiosità.

E poiché non di rado anche i difensori della controparte sono colleghi universitari oppure avvocati dello Stato di grande prestigio, la discussione ne trae vantaggio e si svolge in modo intelligente e garbato, come pervaso da uno spirito proprio di quel luogo.

3. La mia prima causa davanti alla Corte costituzionale.

La prima causa da me discussa davanti alla Corte costituzionale è stata quella che portò alla famosa sentenza n. 202 del 1976 (rel. De Marco), con la quale la Corte dichiarò l'incostituzionalità del monopolio statale delle trasmissioni radiotelevisive via etere terrestre su scala locale.

Io difendevo la RAI insieme con due colleghi purtroppo scomparsi: il prof. Paolo Barile (che allora era mio prestigioso collega nella Facoltà giuridica fiorentina) e l'avv. Emanuele (Nello) Santoro, che dirigeva l'Ufficio studi della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e aveva fondato «Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni», una pregevole rivista da lui diretta che aveva conquistato una buona notorietà tra gli esperti del settore.

La sconfitta fu bruciante perché la legge n. 103 del 1975, che venne con tale decisione dichiarata incostituzionale in alcune sue disposizioni, era stata approvata poco più di un anno prima, per giunta sulla base delle indicazioni fornite dalla stessa Corte al legislatore nella sent. n. 225 del 1974. Bruciante ma non del tutto inaspettata. Nel periodo intercorrente tra l'udienza di discussione (3 giugno) e la decisione della sentenza (15 luglio) si era infatti verificato un

evento di grande rilievo politico, di cui la Corte probabilmente tenne conto: nelle elezioni politiche del 20 giugno il PCI, sotto la guida di Enrico Berlinguer, aveva toccato il massimo storico dei suoi consensi elettorali (il 34,47 per cento, pari a 227 seggi alla Camera) avvicinandosi notevolmente alla DC (38,7 per cento, pari a 263 deputati). Si disse allora, da più parti, che la Corte aveva così garantito all'Italia un assetto radiotelevisivo pluralistico quand'anche il PCI avesse conquistato la maggioranza parlamentare.

Vera che fosse tale interpretazione, essa comunque confermava quel che Giuseppe Branca aveva, con la sua abituale schiettezza, dichiarato a più riprese come *ex* Presidente della Corte, e cioè che la Corte costituzionale, in conseguenza dei criteri previsti per la sua composizione e dati gli effetti delle sue decisioni, è sensibilissima alle conseguenze politiche delle proprie decisioni. Sul punto avrò modo di tornare più volte.

Gli altri ricordi indissolubilmente collegati a quella mia prima esperienza in Corte sono la brillantissima e incontenibile arringa del prof. Giuseppe Guarino, che assisteva uno degli imputati nei giudizi penali nel corso dei quali era stata sollevata la q.l.c. in discussione; il fatto che, per l'emozione, ad un certo punto del mio intervento... persi il filo del discorso (che però ritrovai, alla bell'e meglio, quasi subito); infine, l'inattesa assenza, nel collegio giudicante, del prof. Leopoldo Elia, che sulla carta avrebbe dovuto essere favorevole al rigetto della questione.

Quest'ultimo fatto merita una qualche considerazione perché solleva un problema attinente al funzionamento della Corte e alla sua indipendenza, che è un punto che sta molto a cuore agli avvocati. Sta di fatto che il prof. Elia si astenne in tale occasione in quanto, nella sua notoria onestà ed indiscussa sensibilità, ritenne - essendo stato in precedenza consigliere

d'amministrazione della RAI - di trovarsi in una situazione che non gli avrebbe garantito un'assoluta terzietà nei confronti della regiudicanda.

Per quanto direttamente mi risulta, della stessa sensibilità dette prova anche il giudice costituzionale Flick, che si astenne in un giudizio per conflitto tra poteri promosso dalla Sezione disciplinare del CSM contro il Senato della Repubblica (sent. n. 270 del 2002, red. Onida), perché nella sua precedente veste di Ministro di grazia e giustizia aveva promosso un giudizio disciplinare che costituiva appunto l'oggetto del conflitto (con riferimento al quale il Senato si era espresso in favore dell'insindacabilità delle opinioni del magistrato, successivamente eletto).

Della stessa sensibilità non hanno invece dato prova, in altre cause da me discusse, quei giudici costituzionali che come liberi professionisti avevano difeso - per giunta dinanzi alla stessa Corte e in cause consimili - una delle parti della questione sulla quale si trovavano ora a dover giudicare.

A loro difesa deve però ricordarsi che l'art. 16 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dispone espressamente l'inapplicabilità alla Corte delle norme relative all'astensione e alla ricusazione dei giudici, fuori dei casi dei giudizi penali a carico del Presidente della Repubblica.

É però obiettabile che, sebbene la Corte abbia più di una volta negato di poter essere qualificata come organo della giurisdizione (con la conseguente inapplicabilità degli obblighi di imparzialità e terzietà imposti ai giudici dall'art. 111 Cost.), essa ha, ciò nonostante, ammesso di essere «disciplinata in modo da rendere possibile il contraddittorio» (sent. n. 13 del 1960), il che dovrebbe essere motivo più che sufficiente per indurre la Corte a fare

doverosa applicazione della comune disciplina dell'astensione e della ricusazione: comune disciplina che, allo stato, risulta esclusa non già in conseguenza di una scelta costituzionale o legislativa, bensì, come già detto, di una norma integrativa dettata dalla stessa Corte.

4. Varietà delle valutazioni «politiche» e delle conseguenti scelte che la Corte talora effettua. La «scelta politica», puramente ipotetica e comunque rientrante nei poteri della Corte, sottesa alla sent. n. 202 del 1976.

Ho ricordato le «voci» secondo le quali la Corte, nel pronunciare la decisione d'accoglimento n. 202 del 1976, sarebbe stata condizionata da valutazioni *lato sensu* politiche. Un fatto, questo, che in via di principio non trova mai favorevole chi ragiona con l'*habitus* mentale dell'avvocato laddove lo studioso è più duttile. Questi ne prende atto e, a seconda del tipo di costituzionalismo che professa - «irenico» o «polemico» (come direbbe Massimo Luciani) (1) -, lo giustifica e addirittura lo teorizza nel primo caso (in nome della razionalità del reale!) oppure, nel secondo, ne lamenta la portata derogatoria dei diritti di azione e di difesa e quindi cerca di limitarne concettualmente le ipotesi.

A proposito della sent. n. 202 devo però aggiungere, onestamente e per completezza del discorso, che la c.d. libertà d'antenna veniva già da anni sempre più sostenuta da vasti settori della pubblica opinione e dello schieramento politico moderato (Tele Biella risale al 1972!) e che la Corte, con tale sentenza, tutto sommato, ribadì, con riferimento agli impianti via etere terrestre su scala locale, quanto da essa già deciso con la sentenza d'accoglimento n. 226 del

(1) M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006.

1974 relativamente al monopolio statale sulle trasmissioni radiotelevisive via cavo su scala locale. Anzi, le indicazioni di quest'ultima decisione erano state così restrittivamente seguite dalla legge n. 103 del 1975 (la quale si limitò a consentire ai privati il solo cavo monocanale!), che da taluni giudici costituzionali si ritenne - almeno così allora si vociferò - che vi fosse stata un'elusione del giudicato della sent. n. 226 del 1974 che «andava sanzionata», per l'appunto, con un'ulteriore pronuncia d'incostituzionalità: la sent. n. 202 del 1976.

Se la Corte, con la sent. n. 202 del 1976, ebbe a compiere una «scelta politica», questa però avvenne senza abusare delle proprie attribuzioni costituzionali: da un lato il dispositivo d'annullamento riguardava solo il profilo penale dell'esercizio, senza concessione, di impianti radiotelevisivi via etere terrestre su scala locale; dall'altro la motivazione della sentenza non solo sottolineava esplicitamente che il «riconoscimento del diritto di iniziativa privata» postulava «la necessità dell'intervento del legislatore nazionale», ma indicava altresì i limiti che, nell'interesse generale, il legislatore avrebbe dovuto porre a tale diritto.

Ergo la Corte costituzionale, in coerenza con la propria giurisprudenza sull'inesistenza di un diritto costituzionale all'uso dei mezzi di diffusione, non riconobbe affatto, con tale decisione, in capo ai privati, un immediato diritto a trasmettere - come invece si disse da politici e da imprenditori interessati e come fu ripetuto dai loro difensori nelle aule giudiziarie. E quando la Corte smentì questa tesi (sentenze nn. 237 del 1984, 826 del 1988 ecc.), era ormai troppo tardi (2).

(2) Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici comuni in materia radiotelevisiva dal 1960 al 2005, considerata nel contesto politico, v. A. Pace e M. Manetti, Art. 21. *La libertà*

5. Le «notevoli» e «determinanti» scelte politiche della Corte sottese alle sentenze nn. 420 del 1994 e 466 del 2002 ovvero «le dichiarazioni d'incostituzionalità praticamente inutili».

Mi sono soffermato sulla c.d. politicità della sent. n. 202 del 1976 perché ben diverse sono le decisioni rese dalla Corte nelle due cause in cui presi parte come difensore di TVI (titolare di TMC, poi La7) contro RTI (Fininvest prima e Mediaset poi): cause che concernevano entrambe l'illegittimità costituzionale di norme che consentivano al maggior gruppo televisivo privato italiano (e che praticamente gli consentono tuttora) di possedere ben tre reti nazionali con impianti via etere terrestre in tecnica analogica.

Pur dichiarando l'incostituzionalità delle norme sottoposte al suo giudizio la Corte evitò, nel primo caso, di dichiarare l'incostituzionalità di altre norme (aventi la stessa *ratio* e quindi parimenti incostituzionali: il d.l. n. 323 del 1993) che consentivano ad altro titolo, per quasi due anni e mezzo, il funzionamento degli impianti in questione (così la sent. n. 420 del 1994, red. Granata) dichiarativa dell'incostituzionalità dell'art. 15, comma 4, della legge n. 223 del 1990).

Nel secondo caso (e questa volta la TVI era difesa dal carissimo avv. Ottavio Grandinetti oltre che da me) la Corte utilizzò invece, nel dispositivo, una formula che impediva l'immediata caducazione della norma dichiarata incostituzionale, che anzi veniva spostata al 31 dicembre 2003 «per determinare le modalità della definitiva cessazione del regime

---

di manifestazione del proprio pensiero, in Gius. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, Zanichelli - Foro it., 2006, pp. 575 ss.

transitorio di cui al comma 7 dell'art. 3, comma 7, della legge n. 249 del 1997» (così la sent. n. 466 del 2002, red. Chieppa).

E' evidente che, in entrambi i casi, la q.l.c. - come argutamente sottolineato in dottrina con specifico riferimento alla sent. n. 466 (3) - mentre era stata rilevante «in entrata», non lo era più «in uscita», nel senso cioè che, dato il tenore del dispositivo, alla parte vittoriosa dinanzi alla Corte costituzionale veniva sottratta la benché minima possibilità di utilizzare in suo favore, nel giudizio *a quo*, la sentenza che aveva accolto la q.l.c. da essa prospettata.

Contrariamente all'ipotesi della sent. n. 202 del 1976 (nella quale il contesto politico ha soltanto «agevolato» una certa decisione d'accoglimento), nei casi delle sentenze nn. 420 del 1994 e 466 del 2002 l'attenzione della Corte per le conseguenze politiche connesse alla propria pronuncia (cessazione dell'operatività in tecnica analogica della terza rete RTI) è stata «determinante». Anzi, è stata così esclusiva da farle dimenticare ciò che essa stessa aveva in precedenza rilevato in una famosa decisione - la sent. n. 232 del 1989 (red. Ferri) -, e cioè che «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima».

(3) P. Costanzo, *La libertà d'informazione non può più attendere*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3899

Il che significa che, in un sistema di sindacato incidentale di costituzionalità, la decisione d'accoglimento dovrebbe spiegare sempre effetti (retroattivi) quanto meno nel giudizio principale, a meno di voler considerare una lustra i diritti di azione e di difesa costituzionalmente proclamati come inviolabile (4).

Rilievi, quest'ultimi, che come di recente ricordato (5), avevano già indotto la Corte a superare la sua precedente giurisprudenza intesa a limitare pro futuro gli effetti delle proprie decisioni d'accoglimento (sentenze nn. 266 e 501 del 1988, n. 50 del 1989) (6).

---

(4) Per una critica alla tesi secondo la quale la retroattività delle sentenze d'accoglimento della Corte costituzionale (art. 136, comma 1, Cost.) costituirebbe la conseguenza di una scelta del legislatore ordinario (art. 30 della legge n. 87 del 1953) e non l'effetto congiunto dell'incidentalità del giudizio (art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948) e dell'operatività dell'art. 24, commi 1 e 2, Cost., mi si consenta di rinviare al mio *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario tenuto a Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè, pp. 54 ss.

In questa linea di pensiero, dice assai bene M. Cartabia, *Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, parte I, p. 1021, quando rileva che «... ogni situazione in cui sia esercitabile il diritto alla tutela giudiziaria richiede non solo che sia accordato il diritto di prospettare la questione di legittimità (costituzionale) delle norme, ma anche che essa sia definita sulla base di norme non invalide».

(5) R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, relazione al Convegno dell'AIC su *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Roma 27 e 28 ottobre 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

(6) Le valutazioni politiche della Corte costituzionale sottese a tali decisioni si fondavano su esigenze di bilancio posto che esse riguardavano le nomine, i trasferimenti e i conferimenti di funzioni del personale della giustizia militare; il trattamento pensionistico dei magistrati e degli avvocati dello Stato; la pubblicità delle udienze per i procedimenti davanti alle Commissioni tributarie. Si può quindi dire che esse, per quanto criticabili in quanto prive di efficacia *ex tunc* quanto meno nel giudizio a quo, si fondavano pur tuttavia su

Quanto alla natura delle valutazioni politiche connesse alle sentenze nn. 420 del 1994 e 466 del 2002, è comunque opportuno ricordare che entrambe furono decise quando il maggior beneficiario della permanenza in vigore delle norme dichiarate incostituzionali era anche Presidente del Consiglio dei ministri. Ne consegue che delegare al Parlamento il potere di «determinare le modalità della definitiva cessazione del regime transitorio» equivaleva, in effetti - soprattutto nel secondo caso, data la maggioranza di centro-destra della XIV legislatura -, a rinviare *sine die* la perdita di efficacia delle norme dichiarate incostituzionali.

In entrambi i casi la Corte costituzionale non si è invece preoccupata del gravissimo pregiudizio economico che una decisione di accoglimento praticamente ineseguibile avrebbe determinato a carico del gruppo imprenditoriale vittorioso (e che, nel primo caso, ha in effetti determinato a danno del gruppo Cecchi Gori) e, conseguentemente, a danno del pluralismo informativo.

6. La «politicità» come considerazione del rilievo ordinamentale o istituzionale delle conseguenze della decisione. Tre esempi.

Un diverso ma non minore tasso di politicità presentavano tre importanti conflitti di attribuzione da me discussi ormai parecchi anni fa: due conflitti interorganici sollevati dalla Corte dei conti e un conflitto intersoggettivo sollevato dalla Regione Puglia: il primo proposto contro la Camera dei deputati, il Senato della Repubblica e il Governo a seguito della mancata sottoposizione a controllo preventivo di un decreto legislativo, in applicazione dell'esclusione

---

esigenze di funzionalità («ordinamentali») del sistema. Ben diverse, quindi, erano le valutazioni politiche (né ordinamentali né istituzionali) sottese alle due decisioni di cui si parla nel testo.

di tale controllo introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 16, comma 1, legge n. 400 del 1988 (giudizio concluso con la sentenza di rigetto n. 406 del 1989, red. Corasaniti); il secondo proposto contro il solo Governo a seguito di atti e fatti impeditivi dell'esercizio delle funzioni di controllo della Corte dei conti a carico dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL, a seguito della loro trasformazione in società per azioni (giudizio concluso con la sentenza d'accoglimento n. 466 del 1993, red. Cheli); il terzo proposto dalla Regione Puglia contro lo Stato, in persona del Presidente del Consiglio pro tempore, per l'annullamento di un d.p.c.m. che dichiarava lo stato di emergenza ambientale asseritamente determinatasi nella Regione Puglia e di un'ordinanza emanata dallo stesso Presidente del Consiglio che delegava il Prefetto di Bari a predisporre il programma degli interventi (giudizio concluso con l'annullamento parziale degli atti impugnati: sent. n. 127 del 1995, red. Guizzi).

Diversamente dai giudizi ricordati al n. 5, la politicità, in tutti e tre questi casi, risiedeva quindi esclusivamente nella rilevanza «istituzionale» (nel primo e nel terzo caso) oppure «ordinamentale» (nel secondo) delle questioni coinvolte, nel senso che l'accoglimento del primo ricorso avrebbe implicato conseguenze sulla politica economica del Governo e forse addirittura sulla forma di governo; l'accoglimento del secondo avrebbe spiegato - come in effetti è accaduto - rilevanti conseguenze sull'intero sistema industriale; l'accoglimento del terzo mirava infine a salvaguardare l'autonomia costituzionale regionale nei confronti di provvedimenti governativi, in materia di protezione civile, assunti in falsa applicazione della legge n. 225 del 1992, che conferivano ad organi amministrativi statali amplissimi poteri.

7. Illustrazione dei tre esempi.

Col primo ricorso, la Corte dei conti chiedeva infatti alla Corte costituzionale di dichiarare la spettanza ad essa, «ai sensi dell'art. 100, comma 2, Cost., (del) controllo preventivo di legittimità sui decreti legislativi delegati ex art. 76 Cost. in quanto atti del Governo» (non invece sui decreti legge, ancorché i dubbi di costituzionalità fossero praticamente gli stessi). Ciò infatti avrebbe consentito alla Corte dei conti di effettuare il controllo preventivo sull'attività normativa abitualmente delegata al Governo (discipline codicistiche, attuazione delle direttive comunitarie, riforma della p.a.) nonché sui decreti legislativi implicanti una nuova spesa, i quali, per definizione, non hanno un controinteressato, con la conseguenza che, una volta emanati, sfuggono a qualsivoglia sindacato giurisdizionale, con grave nocumento per la finanza pubblica.

Di questo giudizio - nel quale io assistevo la Corte dei conti insieme al collega ed amico prof. Federico Sorrentino - posso dire che esso è stato uno dei più interessanti di quelli da me trattati sotto un profilo strettamente costituzionalistico sia per la varietà delle questioni, anche d'ordine processuale, sia per il valore dei colleghi avversari (i professori Paolo Barile, Feliciano Benvenuti e Alberto Predieri e l'Avvocato generale dello Stato Giorgio Azzariti) (7).

La Corte costituzionale dichiarò preliminarmente inammissibile il conflitto nei confronti delle Camere in relazione all'approvazione dell'art. 16 della legge n. 400 del 1988, così facendo propria la tesi, fino ad allora respinta dalla dottrina prevalente, secondo la quale le leggi e gli atti con forza di legge non potessero costituire oggetto di un conflitto tra poteri

(7) Il ricorso della Corte dei conti è pubblicato in *Giur. cost.*, 1989, parte II, 943 ss.; le memorie delle parti sono invece pubblicate *ivi* 1989, parte I, p. *1842 ss*

(questa tesi, com'è noto, è stata poi in parte disattesa dalla stessa Corte costituzionale). Quanto invece all'ulteriore profilo del conflitto, nei confronti del Governo, avente ad oggetto la mancata sottoposizione alla Corte dei conti di un dato decreto legislativo (incidentalmente al quale veniva chiesto alla Corte costituzionale di sollevare la q.l.c. del cit. art. 16), la Corte costituzionale respinse tale q.l.c. come «manifestamente infondata».

La Consulta dette infatti una lettura restrittiva dell'art. 100, comma 2, Cost. («La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo») escludendo dal novero di tali atti quelli equiparati alla legge, e ciò contro una prassi favorevole alla loro sottoposizione alla Corte dei conti, che si fondava, prima della Costituzione, sull'art. 17 del t.u. n. 1214 del 1934 e, dopo di essa, sulla lettura estensiva dell'art. 100, comma 2, Cost. (coonestata dalla stessa Corte costituzionale) (8) che «costituzionalizzava», per l'appunto, quanto disposto dal cit. art. 17 (sent. n. 406 del 1989, cit.).

Col secondo ricorso, la Corte dei conti, difesa dal prof. Giorgio Oppo e da me, chiedeva invece alla Corte costituzionale di «dichiarare che spetta alla Corte dei conti - nella composizione della sezione del controllo sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria - l'esercizio del controllo, previsto dalla legge 21 marzo 1958, n. 259, sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni con partecipazione totalitaria o comunque prevalente dello Stato» (9). In sostanza la Corte dei conti lamentava che il Governo si rifiutasse di sottoporre al controllo ex art. 100, comma 2, seconda parte, Cost., l'IRI, l'ENI,

(8) V. ad es. la sent. n. 143 del 1968, in *Giur. cost*. 1968, pp. 2363 ss., spec. p. 2366

(9) *Il ricorso della Corte dei conti e le successive memorie delle parti sono pubblicati in* Giur. cost., 1993, pp. 3845 ss

l'INA e l'ENEL per il solo fatto che essi sarebbero stati formalmente trasformati in società per azioni pur restando saldamente in mano pubblica.

La Corte costituzionale accolse il ricorso sottolineando, tra l'altro, che «(d)iversamente da quanto asserito dallo stesso Governo, la semplice trasformazione degli enti pubblici economici di cui all'art. 15 della legge n. 359 del 1992 non può essere (...) ritenuto motivo sufficiente a determinare l'estinzione del controllo di cui all'art. 12 della legge n. 259 del 1958 fino a quando rimanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse» (sent. n. 466 del 1993, cit.).

Infine, con il terzo dei ricorsi qui ricordati, la Regione Puglia lamentava la menomazione, da parte dello Stato, delle proprie attribuzioni costituzionali prospettando che i problemi sanitario-ambientali erano stati solo il pretesto per «commissariare» la Regione Puglia, retta da una maggioranza politica diversa da quella di centro-destra allora al governo (c.d. Berlusconi I) del Paese. La Regione non contestava quindi l'applicabilità alla specie della legge n. 225 del 1992 (essa stessa aveva richiesto al Governo l'adozione dello stato d'emergenza e l'adozione di provvedimenti straordinari ed indifferibili); contestava invece la falsa applicazione di tale legge al fine di espropriare la ricorrente, in violazione degli artt. 117, 118 e 119 Cost., delle attribuzioni costituzionali spettatile (10).

(10) Il ricorso della Regione Puglia può essere letto in calce alla sent. n. 127 del 1995, in *Giur. cost.* 1995, 1009 ss

Nella sua decisione la Corte riconobbe che quanto accaduto in Puglia non realizzava né la previsione della calamità naturale, né quella della catastrofe. Si trattava bensì di gravi carenze strutturali, da tempo segnalate dalla stessa Regione, che riguardavano il ciclo idrico e lo smaltimento dei rifiuti, e che presentavano un alto rischio per un bene fondamentale come la salute. La Regione Puglia - con valutazione dei suoi organi tecnici, e con delibera della Giunta - aveva del resto segnalato l'urgenza di provvedimenti straordinari ben al di là dei pochi casi di colera registrati dagli uffici sanitari. Tale situazione giustificava quindi, per la Corte, l'esercizio di poteri straordinari per un arco di tempo ragionevolmente esteso, ma nel rispetto di quel nesso di congruità e proporzione, che sarebbe valso a garantire l'autonomia regionale.

In conclusione, la Corte, accogliendo il ricorso sia pure solo in parte, dichiarava che non spetta allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei Ministri, di introdurre prescrizioni per fronteggiare uno stato di emergenza che conferiscano ad organi amministrativi poteri d'ordinanza non adeguatamente circoscritti nell'oggetto, e comunque tali da derogare a settori di normazione primaria (oltre tutto richiamati in termini assolutamente generici) e a leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza nemmeno prevedere l'intesa per la programmazione generale degli interventi. Conseguentemente la Corte annullava l'art. 1 dell'impugnata ordinanza nella parte in cui non prevedeva l'intesa con la Regione per quanto attiene alla predisposizione, da parte del commissario delegato, del programma degli interventi, nei termini precisati in motivazione; e l'art. 2 della stessa ordinanza, nella parte in cui venivano derogati, per intero, numerose leggi statali in materia di valutazione dell'impatto ambientale, sul nuovo ordinamento delle autonomie locali, sull'uso delle risorse idriche

nonché importanti leggi regionali in materia di programmazione regionale (sent. n. 127 del 1995, cit.).

La legge n. 225 del 1992 superava quindi l'esame di legittimità costituzionale a cui la Regione Puglia incidentalmente l'aveva sottoposta, ma al prezzo di una lettura riduttiva dei poteri che essa aveva originariamente conferito al Governo centrale.

8. Il costituzionalismo «oppositivo» alla prova: a) la causa sul c.d. lodo Maccanico (o Schifani).

Per chi ritenga che «il costituzionalismo implica un'impostazione metodologica sempre tesa ad esaltare il limite del potere per evitarne gli arbitri, quale che sia il problema in discussione: il contenuto dei diritti costituzionali o i poteri dell'esecutivo, l'immunità del Capo dello Stato o dei membri del Parlamento, le funzioni della Corte costituzionale e così via» (11) - e sia quindi essenzialmente «oppositivo» (12) o «polemico» (13) -, le controversie nelle quali l'avvocato «costituzionalista» può dar prova del suo impegno civile sono soprattutto quelle nelle quali egli ha modo di utilizzare le sue conoscenze professionali per combattere le manifestazioni arbitrarie di potere.

In questo senso mi ritengo fortunato di aver potuto prestare la mia opera professionale in talune delle cause in materia radiotelevisiva da me discusse, da solo o con autorevoli colleghi - ad es. quelle ricordate *supra* al n. 5, alle quali vanno però quanto meno aggiunte la causa

(11) A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel secolo XXI,* in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 898

(12) A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo*, cit., pp. 898 s

(13) M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit.

conclusa con la famosa sent. n. 826 del 1988 (red. Spagnoli) (14) e quella conclusa «sotto tono» (15) con l'ord. n. 438 del 1990 (red. Spagnoli), la quale, al momento della discussione dinanzi alla Corte, era politicamente non meno importante delle altre (16).

In tale ottica, devo però soprattutto ricordare la mia partecipazione a due altri giudizi: il primo concernente la legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003 (c.d. lodo Maccanico o Schifani) (17) e concluso con la sentenza d'accoglimento n. 24 del 2004

---

(14) ... che è quella, per intendersi, con la quale «annunciò» l'incostituzionalità dei c.d. decreti Berlusconi, ma non la «dichiarò». In questa causa io difendevo la Rai con il prof. Paolo Barile e l'avv. Attilio Zoccali. Per una collocazione storica della decisione e per qualche ulteriore indicazione sul punto, mi permetto di rinviare a quanto da me scritto in A. Pace e M. Manetti, *Art. 21*, cit., pp. 593 ss.

(15) Così P.A. Capotosti, *Tanto tuonò..., ma non piovve*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2622, in nota all'ordinanza citata nel testo.

(16) ... perché l'eventuale decisione (di accoglimento) di essa operò, in molteplici interviste dell'allora Presidente della Corte costituzionale Francesco Saja, come una spada di Damocle sul legislatore per indurlo ad approvare la legge di riforma del sistema radiotelevisivo entro l'estate del 1990. Il che appunto avvenne con la legge 6 agosto 1990, n. 223, parimenti deludente sotto il profilo del pluralismo televisivo a livello nazionale. In tale causa io difendevo l'ANTI. La causa fu discussa dinanzi alla Corte il 30 gennaio 1990; relatore fu il compianto giudice Ugo Spagnoli che aveva già redatto la motivazione della sent. n. 826 del 1988 cit. nella nota precedente. Per una contestualizzazione anche di questa vicenda v. ancora A. Pace e M. Manetti, *Art. 21*, cit., pp. 595 s.

(17) Riporto, a futura memoria, il testo dell'art. 1 della legge n. 140: «Non possono essere sottoposti a processo penale, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime: il Presidente della Repubblica, salvo quanto previsto dall'art. 90 della Costituzione, il Presidente del Senato della Repubblica, il Presidente della Camera dei deputati, il Presidente del Consiglio dei ministri, salvo quanto previsto dall'art. 96 della Costituzione, il Presidente della Corte costituzionale. // Dalla data di entrata in vigore della presente legge sono sospesi, nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 e salvo quanto previsto dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime. // Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti si applicano le disposizioni dell'art. 159 del codice penale»

(red. Amirante); il secondo relativo al conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tempio Pausania contro il Presidente del Consiglio dei Ministri, on. Berlusconi, occasionato dall'apposizione del segreto di Stato sulla villa «La Certosa», residenza di villeggiatura del medesimo (ma di proprietà privata). Questo secondo giudizio non superò la fase dell'ammissibilità in quanto la Corte, con una discutibilissima decisione, ritenne che fosse cessata la materia del contendere (ord. n. 404 del 2005, red. De Siervo).

L'oggetto del contendere nel primo giudizio è troppo noto per doverlo qui ricordare ancorché sommariamente (18). Basterà sottolineare la disciplina paradossale delle sospensioni penalprocessuali prevista dall'art. 1 della legge n. 140: l'immunità processuale, ancorché temporanea, delle cinque Alte cariche valeva per i fatti criminosi «extrafunzionali» addirittura antecedenti l'assunzione della carica o della funzione ma non per i fatti criminosi «funzionali» previsti dagli artt. 90 e 96 Cost. Il che chiariva, oltre ogni ragionevole dubbio,

---

(18) Per critiche a tale disposizione, prima ancora del giudizio davanti alla Corte costituzionale, v. in ordine cronologico L. Carlassare, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in Aa.Vv., *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, a cura di L. Carlassare, Atti del Convegno di Padova del 4 aprile 2003, Padova, Cedam, 2003, p. 39; A. Pace, *Conclusioni*, *ivi*, p. 187 ss.; A. Pugiotto, *«Lodo Maccanico», una legge a rischio d'incostituzionalità*, *ivi*, p. 195 ss.; S. Stammati, *Le immunità costituzionali: problemi attuali e tendenze di riforma*, relazione introduttiva al Seminario su «*I diritti fondamentali e le Corti in Europa*» tenuto il 6 giugno 2003 presso la LUISS, nell'ambito dell'Osservatorio Costituzionale curato dal compianto collega e amico S.P. Panunzio (http://www.luiss.it/semcost/dirittifondamentali/newsletter.html); A. Pace, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in Aa.Vv., *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Atti del Convegno del 14 e 15 luglio 2003, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, p. 108 ss., nonché in Diritto pubblico, 2003, pp. 393 ss.; G. Azzariti e R. Romboli, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 247 ss

che ciò che aveva preoccupato il legislatore della XIV legislatura non era tanto di assicurare la funzionalità della carica (come ebbero a sostenere dinanzi alla Corte i difensori dell'on. Berlusconi), quanto creare, in ragione dell'alta carica ricoperta, «situazioni diverse da cittadino a cittadino», in spregio di quanto disposto dall'art. 3 Cost. (19). Né - come in un primo tempo si tentò di sostenere - era fondata la tesi dell'esistenza di discipline analoghe, in favore del Presidente del Consiglio, in altri ordinamenti contemporanei di democrazia liberale, e in particolare in quello spagnolo (20).

È comunque significativo dell'essenza di privilegio insita nell'art. 1 cit., che l'allora Presidente Chieppa ebbe ad affermare pubblicamente, in mia presenza, di ritenersi «profondamente offeso» che il Presidente della Corte costituzionale fosse stato esplicitamente annoverato tra i beneficiari di tale immunità (21).

---

(19) Così, *ante litteram*, C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 31. Questo importante passo del saggio di Esposito è stato ricordato, per primo, nel 2003, da F. Sorrentino, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di L. Carlassare, Atti del Convegno di Padova del 19-21 giugno 2003, Padova, Cedam, 2003, p. 221, e poi da me in *Immunità politiche e principi costituzionali, locc. citt.*, rispettivamente pp. 108 s. e pp. 394 s. Giustamente, in questa luce, è stato sottolineato che la carica pubblica, nella specie, costituiva soltanto «il pretesto per assicurare il privilegio». Così G. Giostra, *Il "lodo Berlusconi" alla prova dei giudici*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2003, p. 827

(20) Mi permetto di rinviare ad A. Pace, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 35 ss

(21) Il che contrasta frontalmente con quanto riferito da B. Vespa, *Storia d'Italia da Mussolini a Berlusconi*, Roma-Milano, Rai-Mondadori, 2004, pp. 510 s.

Mette conto di ricordare che la q.l.c. era stata sollevata dal Tribunale di Milano con ord. 30 giugno 2003 (22) nel corso di un processo penale a carico di Silvio Berlusconi, nel quale era parte civile la CIR s.p.a. La causa fu chiamata dinanzi alla Corte costituzionale il 9 dicembre 2003, e la discussione fu assai ampia e approfondita. Difensori della CIR eravamo l'avv. Giuliano Pisapia, il prof. Roberto Mastroianni ed io. Per l'imputato Berlusconi parlarono gli avvocati e parlamentari di Forza Italia prof. Gaetano Pecorella e Nicolò Ghedini. Per il Presidente del Consiglio intervenne l'allora vice Avvocato generale dello Stato (ora Avvocato generale) Oscar Fiumara, mio collega di corso nella Facoltà giuridica romana negli anni 1953-1957 (23).

La Corte decise la questione nella camera di consiglio del 13 gennaio 2004 e il Presidente fece diffondere lo stesso giorno un comunicato contenente il dispositivo della sentenza (24)

---

(22) Si badi bene: la legge n. 140 era stata promulgata il 20 giugno e prevedeva, all'art. 9, l'entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sulla *G.U.*, avvenuta il 21 giugno, e ciò al fine specifico di «bloccare» la celebrazione del processo di Milano a carico dell'on. Berlusconi

(23) Fiumara ed io avevamo già discusso insieme, esattamente due mesi prima, un altro importante giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri che aveva visto il ricorrente CSM, difeso da me, contrapporsi al Ministro pro tempore della Giustizia, on. Castelli, che si opponeva pervicacemente alla nomina del Presidente del Tribunale di Bergamo nella persona di un valente magistrato, il dott. Adriano Galizzi (sent. n. 380 del 2003, di accoglimento). Faceva parte del collegio decidente, in entrambi i giudizi, un altro ex collega di corso: il giudice costituzionale Alfio Finocchiaro, già autorevole presidente di sezione della Corte di cassazione.

Di lì a poco il Presidente della Repubblica avrebbe nominato giudice costituzionale la prof. Maria Rita Saulle, anch'ella mia collega di corso, così come miei colleghi furono allora il prof. Lucio Valerio Moscarini e il prof. Franco Gaetano Scoca, per citare solo quelli con i quali ho avuto modo di discutere dinanzi alla Corte costituzionale.

(24) Non è frequente, ma nemmeno rarissimo, che la Corte diffonda la notizia dell'esito del giudizio prima del deposito in cancelleria della sentenza. Si fa luogo a questa pubblicità parziale e anticipata in caso di giudizi

che pronunciava l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 2, della legge n. 140 e, in via conseguenziale, l'incostituzionalità dei commi 1 e 3 dello stesso articolo.

Il 20 gennaio 2004 veniva depositata in cancelleria la sent. n. 24, a prima vista un po' deludente, in conseguenza delle perplessità che traspaiono dall'impianto argomentativo (25). Ci si sarebbe infatti aspettati che la Corte, ricollegandosi a precedenti sue decisioni - nelle quali aveva collocato il disposto dell'art. 3 Cost. tra i principi supremi dell'ordinamento (26) (come tali immodificabili da parte dello stesso legislatore costituzionale) (27) -, affermasse, in maniera perentoria, che la sospensione prevista dall'art. 1, comma 2, della legge n. 140, quand'anche fosse stata approvata con legge costituzionale, sarebbe stata comunque annullata dalla Corte, appunto perché in contrasto con un principio supremo.

Il fatto è che la motivazione risente - come fu autorevolmente sottolineato - della «particolare difficoltà del contesto politico-istituzionale, di tipo intimidatorio del tutto peculiare» nel quale la Corte si venne a trovare al momento della decisione (28), ed è quindi

---

che rivestono grande importanza politica, il che serve ad impedire interventi, da parte... degli dei dell'Olimpo, quando la decisione è già stata raggiunta in camera di consiglio.

25 Così S. Stammati, *Una decisione condivisibile messa in forse da un impianto argomentativo perplesso e non persuasivo*, in *Giur. cost.* 2005, pp. 398 ss.; A. Pugiotto, *Sull'immunità delle "alte cariche", una sentenza di "mezzi silenzi". Dichiarate "assorbite" proprio le questioni più rilevanti*, in *D&G*, n. 5, 2004, pp. 10 ss

(26) V. le sentenze nn. 16 e 18 del 1982, 1146 del 1988, 388 del 1991, 62 del 1992 e 15 del 1996.

(27) V. La notissima sent. n. 1146 del 1988.

(28) L. Elia, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 394; nello stesso senso G. Giostra, *Sospensione del processo a tutela della carica costituzionale? Strumento costituzionalmente e tecnicamente improprio*, in *D&G*, n. 5, 2004, 26.

assai probabile che il discutibile impianto argomentativo costituisse il prezzo del più elevato consenso tra i giudici (29).

Resta comunque agli atti (grazie a Dio!) l'annullamento «secco» della disposizione impugnata - e questo era l'obiettivo davvero essenziale per cui in quel giudizio la difesa della CIR si era battuta (30) -, con un dispositivo che ha pertanto un'indubbia eccedenza di valore «rispetto agli stessi motivi sui quali si è retta la scelta della Corte» (31).

9. Segue: b) la causa sul segreto di Stato sulla residenza estiva del Presidente del Consiglio.

La decisione che mi ha provocato, invece, una delle maggiori delusioni della mia carriera professionale è senza dubbio l'ord. n. 404 del 2005, con la quale la Corte costituzionale dichiarò l'inammissibilità del ricorso della Procura presso il Tribunale di Tempio Pausania, da me difesa, contro l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri on. Silvio Berlusconi, il quale aveva negato l'accesso alla sua residenza estiva in località Punta Lada (Porto Rotondo) invocando a tal fine il segreto di Stato, ufficialmente per preservare la conoscibilità dei luoghi, ma in effetti per impedire la tempestiva contestazione di reati edilizi, paesaggistici ed ambientali ivi posti in essere.

---

(29) L. Elia, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, cit., p. 394.

(30) V. il mio articolo *Confermata la superiorità della Carta*, apparso su *Il Messaggero* del 14 gennaio 2004, p. 2, nell'immediatezza della diffusione del comunicato della Corte costituzionale

(31) L. Elia, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, cit., p. 394. In questo senso v. anche A. Pace, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, cit., p. 33.

Le vicende che indussero la Procura di Tempio Pausania a sollevare il conflitto di attribuzione tra poteri sono bene evidenziate nella motivazione dell'ordinanza di inammissibilità e soprattutto sono riportate, con completezza, in un'ottima cronaca costituzionalistica dell'intera vicenda (32).

Per quel che qui interessa, è sufficiente ricordare che su un quotidiano sardo del 5 maggio 2004 veniva pubblicato un servizio fotografico dal quale risultava che all'interno dell'area di circa 50 ettari denominata «Villa La Certosa», di proprietà della soc. Idra, con sede in Segrate, data in uso all'on. Silvio Berlusconi, erano in corso lavori edilizi che avrebbero potuto configurare reati in materia edilizia, ambientale e paesaggistica; che alla Procura di Tempio Pausania, la quale intendeva verificare lo stato dei luoghi e la sussistenza di eventuali reati, il difensore sia del rappresentante legale della soc. Idra che dell'on. Berlusconi eccepì tanto l'immunità dalle perquisizioni in quanto domicilio di un parlamentare, quanto la presenza di ragioni di sicurezza imposte dal CESIS; che inoltre l'esecuzione dell'ispezione della Procura venne ripetutamente procrastinata in attesa della produzione del più volte invocato decreto di asserita apposizione del segreto di Stato.

Va altresì ricordato che solo con nota del 2 ottobre del Ministero dell'Interno, veniva finalmente trasmesso alla Procura il decreto del Ministro dell'Interno appositivo del segreto di Stato, datato 6 maggio 2004 (e cioè il giorno successivo alle notizie di stampa!) al fine di

(32) V. A. Masaracchia, *Lo strano caso del segreto di Stato sulla villa «La Certosa»*, in *Giur. cost*. 2005, pp. 4067 ss.

«preservare la conoscibilità dei luoghi» (33). Essendo tale Ministro palesemente incompetente quanto all'apposizione del segreto di Stato, il Procuratore della Repubblica, nello spirito di una leale collaborazione tra i poteri dello Stato, ne chiedeva il 3 novembre 2004 la conferma al Presidente del Consiglio in tempi brevi, altrimenti avrebbe senz'altro proceduto all'ispezione.

Con nota del 23 dicembre 2004, il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dott. Gianni Letta, in nome e per conto del Presidente del Consiglio (astenuto in considerazione di «delicati profili di opportunità»!), confermava la «segretazione» delle residenze private, con le relative pertinenze, dell'allora Presidente del Consiglio e, in particolare, dell'area denominata «Villa La Certosa» «sede alternativa di massima sicurezza per l'incolumità del Presidente del Consiglio, dei suoi familiari e dei suoi collaboratori e per la continuità dell'azione di Governo».

La preservazione della conoscibilità dei luoghi era, a ben vedere, del tutto pretestuosa, dato che le immagini interne ed esterne della villa erano state oggetto di noti servizi fotografici e la villa era notoriamente frequentata da Capi di governo straniero, politici, cantanti, giornalisti ecc. Pertanto la Procura di Tempio Pausania, con ricorso del 15 gennaio 2005, lamentava alla Corte costituzionale di essere stata illegittimamente menomata nelle proprie attribuzioni costituzionali (art. 112 Cost.) in quanto, da un lato, le limitazioni legittimamente ammissibili,

(33) Merita incidentalmente di essere ricordato che il contenuto del decreto del Ministro dell'Interno del 6 maggio 2004, appositivo del segreto di Stato, veniva, a sua volta, classificato «segreto» nella lettera del 2 ottobre 2004, con la quale il Ministro dell'Interno-Gabinetto del Ministro-Segreteria speciale, lo trasmetteva alla Procura di Tempio Pausania.

a tutela del segreto di Stato, concernono solo la testimonianza e il sequestro (artt. 202 e 256 c.p.p.) e, dall'altro, la legge n. 801 del 1977 consente l'apposizione del segreto di Stato solo su «atti, documenti, notizie, attività ed ogni altra cosa» e non su «luoghi» (34).

Il 10 maggio, e cioè pochi giorni prima della camera di consiglio del 25 maggio nella quale la Corte (dopo alcuni rinvii) avrebbe finalmente dovuto decidere dell'ammissibilità del ricorso, il Presidente del Consiglio, avvalendosi delle «prerogative previste dal decreto del Ministro dell'interno del 6 maggio 2004» (sic!), consentiva alla Procura di Tempio Pausania l'effettuazione dell'ispezione, alla quale la Procura procedeva nei giorni 20 e 23 giugno 2005, pur con esplicita salvezza di ogni diritto in relazione al ricorso pendente dinanzi alla Corte costituzionale. Ciò nonostante, la Corte, affermando che il compimento dell'ispezione aveva «rimosso l'ostacolo frapposto all'esercizio del potere d'indagine spettante alla stessa autorità giudiziaria», riteneva venuta meno la materia del contendere e dichiarava pertanto inammissibile il conflitto.

L'ord. n. 404 del 2005 si espone - e si è esposta - a severissime critiche (35). In primo luogo, pur pendendo la fase dell'ammissibilità, la Corte ha dato modo sia al Ministero

(34) Il ricorso e le successive tre memorie prodotte dalla Procura di Tempio Pausania sono riportate in *Giur. cost.*, 2005, pp. 3962 ss.

(35) V. le osservazioni, tutte fortemente critiche, di L. Elia, Villa «La Certosa»: una inammissibilità che non convince, di R. Chieppa, Una discutibile cessazione della materia del contendere su apposizione di segreto di Stato, di F. Sorrentino, Inammissibilità del conflitto per cessazione della materia del contendere?, e di P. Pisa, Segreto di Stato: un caso anomalo, in Giur. cost., 2005, pp. 3983 ss.

dell'Interno che all'Avvocatura generale dello Stato di interferire nel procedimento (36); in secondo luogo, la Corte ha dichiarato la cessazione della materia del contendere prima ancora che il contraddittorio si fosse instaurato; in terzo luogo, la Corte ha ritenuto che il conflitto tra poteri fosse divenuto «ipotetico» ancorché il Presidente del Consiglio non avesse affatto disposto la revoca *ex tunc* del decreto impugnato; in quarto luogo, la Corte ha ritenuto - disattendendo il *leading case* che identifica i requisiti necessari per la cessazione della materia del contendere (sent. n. 150 del 1981, rel. Paladin) (37) - che l'atto o il comportamento menomativo delle altrui attribuzioni costituzionali debba (storicamente) sussistere al momento del giudizio della Corte, perché il ricorso possa dirsi attuale (con il che tutte le menomazioni *uno actu* finirebbero per esulare dai giudizi su conflitto tra poteri!); infine, la

---

(36) Ciò risulta, per quanto riguarda il Ministero, dalla I e dalla II memoria della Procura, in Giur. cost., 2005, pp. 3974 ss., e per quanto riguarda l'Avvocatura generale dello Stato, dalla stessa motivazione dell'ord. n. 404.

(37) Nella citata sent. n. 150 del 1981 (rel. Paladin) - più volte richiamata nella successiva giurisprudenza - la Corte aveva chiaramente impostato il problema della *perpetuatio iurisdictionis*, in un'ipotesi ben più controvertibile del caso concluso prematuramente con l'ord. n. 404. Sottolineò allora la Corte di aver già in precedenza chiarito che la pronuncia di cessazione della materia del contendere s'impone solo «quando l'atto denunciato risulti annullato *ex tunc*, facendo implicitamente venir meno le affermazioni di competenza che avessero dato luogo al conflitto e privando in tal modo il ricorrente dell'originario interesse ad ottenere una decisione sull'appartenenza del potere contestato». E, nel respingere il ricorso del Pretore di Genova, così la Corte concludeva la sua argomentazione: «Ne segue che il Pretore non ha annullato *ex tunc* l'ordinanza del 25 febbraio 1977, la quale ha pur sempre prodotto una serie di effetti quanto meno nell'ambito della competenza territoriale di quel giudice. E non vi è stato nemmeno un riconoscimento - sia pure implicito - che l'attribuzione contestata spettasse al potere esecutivo o non potesse comunque venire esercitata dal Pretore (...). Malgrado la sorte dell'atto impugnato, residua perciò l'interesse del ricorrente ad ottenere quella decisione sulla spettanza delle attribuzioni in contestazione, che rappresenta - specialmente nei conflitti tra i poteri dello Stato - l'oggetto principale del giudizio di questa Corte, in base all'art. 38 della l. n. 87 del 1953».

Corte ha omesso di pronunciarsi sulla spettanza, alla data del 6 maggio 2004, del potere in contestazione, nonostante sia proprio il giudizio «sulla spettanza del potere» il contenuto essenziale delle decisioni risolutive dei conflitti di attribuzione.

Anche se irrilevanti ai fini di causa, vanno per completezza segnalati tre fatti che si connettono alle vicende processuali fin qui descritte e che, per così dire, ne completano il quadro. Con legge 15 dicembre 2004, n. 308, il Parlamento, per la prima volta nel nostro ordinamento, prevedeva il condono anche per reati ambientali «commessi mediante lavori compiuti su beni paesaggistici entro e non oltre il 30 settembre 2004» (art. 1, comma 37). Il 27 gennaio 2005 il rappresentante della soc. Idra presentava la domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi del cit. art. 1, commi 36 e 37, della legge n. 308, ai fini dell'ottenimento del condono. Infine, con sent. n. 183 del 2006 (red. Finocchiaro) la Corte costituzionale dichiarava l'infondatezza della q.l.c. del cit. art. 1, sollevata con ricorso dalla Regione Toscana, basandosi sul rilievo che la potestà punitiva penale (e quindi anche la disciplina delle cause estintive del reato) rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte riteneva assorbiti in questo profilo anche i motivi d'incostituzionalità più direttamente lesivi dell'autonomia legislativa regionale.

10. Per una più completa indipendenza della Corte costituzionale: riflessioni conclusive.

Gustavo Zagrebelsky, nelle pagine conclusive del suo recente saggio "Principi e voti", si pone le seguenti domande: «Possiamo essere sicuri che, in questi cinquanta anni di attività, la Corte costituzionale del nostro Paese sia stata all'altezza del suo compito, un compito di

natura, prima che tecnico-giuridica, storico-culturale? Ha essa dato un contributo alla formazione di una coscienza costituzionale nazionale, alla formazione di un "partito della Costituzione" al di là dei partiti ordinari, al quale ci si possa poter rivolgere con sicurezza e fiducia nei momenti difficili? Quante sue pronunce, quanti suoi concetti, quante sue massime, quante sue applicazioni della Costituzione sono entrati a far parte del patrimonio spirituale vivente del nostro Paese, sono entrati nella circolazione del flusso di energia vitale della nostra Repubblica? Peccherò forse di pessimismo, ma temo non molti. Eppure, non è proprio questo il metro su cui si dovrebbe misurare, in ultima e più profonda istanza, la vitalità della Costituzione e l'efficacia della sua garanzia da parte di coloro che l'hanno avuta in consegna, come loro compito specifico e precipuo?» (38).

Ho già avuto modo di esprimere il mio dissenso dalla pessimistica conclusione dell'amico e collega, e l'ho fatto motivatamente, elencando, a solo titolo di esempio, una quarantina di decisioni della Corte che, insieme a moltissime altre (centinaia), hanno praticamente guidato il cambiamento del nostro ordinamento adeguandolo ai principi e alle regole della nostra Costituzione (39).

Ci sono però dei settori (o meglio, degli aspetti) della giurisprudenza costituzionale che lasciano perplessi, e sui quali non si può non convenire con Zagrebelsky. E sono appunto

(38) G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2006, 130 s.

(39) A. Pace, *L'ultimo monito di Carlo Esposito e le «lezioni» della Corte costituzionale*, in *Aa.Vv., Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 711.

quelli - per così dire trasversali alle c.d. materie formalisticamente intese - nei quali la Corte viene a scontrarsi con gli esistenti assetti di potere.

Sia chiaro: non alludo alla sensibilità che tutte le Corti costituzionali e tutte le Corti supreme manifestano sempre, sia pure implicitamente, per le conseguenze «politiche» (ordinamentali o istituzionali) delle proprie decisioni (40) - per cui si potrebbe dire (rischiando di apparire impertinenti!) che gli organi giudiziari di vertice sono sempre alquanto «strabici»: un occhio alla Costituzione e l'altro alla politica (in senso alto, però).

Alludo piuttosto a quelle decisioni (come le ricordate sentenze nn. 420 del 1994, 466 del 2002 e l'ord. n. 404 del 2005) che non hanno avuto la forza di incidere su situazioni di vero e proprio privilegio: situazioni come tali già rifiutate sin dall'art. 1 della *Déclaration* del 1789 e, quindi, in palmare contrasto con gli stessi diritti (prettamente liberali) della c.d. prima generazione.

Mi si obietterà che la cit. sent. n. 24 del 2004, relativa all'art. 1 della legge n. 140 del 2003, costituisce l'esempio del contrario. E l'obiezione è certamente calzante, se ci limitiamo a leggerne il dispositivo; ma non lo è, come ho già avuto modo di dire, se guardiamo alla motivazione alquanto perplessa.

Quale allora il rimedio per rafforzare l'indipendenza della Corte? Sembrerà paradossale, ma a mio parere esso starebbe, innanzi tutto, nella riduzione, da quindici a nove, del numero dei giudici costituzionali, così come da quindici a nove è stato da tempo modificato il numero dei componenti delle Sezioni unite della Corte di cassazione. Quindi solo nove giudici

(40) V. già, in questo senso, il mio *Corte costituzionale e «altri» giudici tra «garantismo» e «sensibilità» politica*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, pp. 593 ss

costituzionali (tre eletti dalle Camere, tre di nomina presidenziale e tre eletti dalle supreme legislature) come i giudici della Corte suprema statunitense, il cui *Chief Justice* Hughes si ribellò contro l'aumento minacciato dal Presidente Roosevelt nel 1937 (il c.d. *Court-Packing Plan*), sottolineando che nove giudici erano più che sufficienti per una Corte di giustizia mentre quindici sarebbero stati davvero troppi (411). E sono troppi anche perché ritengo che un numero così alto di giudici ne trasformi inevitabilmente alcuni in *frontbenchers* e altri in *backbenchers*, non sempre attenti, quest'ultimi, ai delicati profili di talune questioni. Beninteso, una siffatta riduzione del numero andrebbe compensata prevedendo la possibilità per il Presidente, eventualmente coadiuvato da un ristretto numero di giudici, di effettuare una scrematura delle questioni manifestamente inammissibili o infondate.

Sono certo, però, che un suggerimento del genere non sarà mai accolto, e ciò per la semplice ragione che le forze politiche hanno un interesse contrario a restringere i propri spazi di influenza.

Altri possibili rimedi di carattere tecnico - tutti, al contrario del precedente, nella diretta disponibilità operativa della Corte - sono, in primo luogo, l'auspicabile abrogazione, da parte della stessa Corte, dell'art. 16 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte

(41) Le parole del Chief Justice Hughes sono riportate da W.H. Rehnquist, *The Supreme Court*, New York, Knopf, 2001, p. 128: «Un aumento del numero dei giudici della Corte suprema, a parte ogni questione di principio su cui non voglio discutere, non aumenterebbe l'efficienza della Corte (...). Ci sarebbero più giudici da ascoltare, più giudici con i quali conferire e discutere, più giudici da convincere e con i quali decidere. Si è ritenuto che l'attuale numero dei giudici sia ampio abbastanza perché la Corte possa affrontare prontamente, adeguatamente e sufficientemente il lavoro che essa è chiamata a svolgere...»..

Auspica la riduzione del numero dei giudici costituzionali anche G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., p. 69.

costituzionale relativo all'astensione e alla ricusazione dei giudici (v. *supra* il n. 3) (42) e, in secondo luogo, l'altrettanto auspicabile rigore col quale la Corte dovrebbe esercitare la verifica dei poteri dei giudici eletti o nominati. Depone infatti assai male per l'indipendenza (e comunque per l'immagine) della Corte che i partiti possano impunemente far eleggere dalle Camere alla suprema magistratura costituzionale magistrati, avvocati o professori i cui requisiti *ex* art. 135, comma 2, Cost. non siano indiscutibili.

L'ultimo suggerimento sta nell'introduzione, tuttora controversa (43), del «voto separato» (*dissenting* o *concurring*) nelle decisioni della Corte costituzionale. Tale introduzione - che a mio avviso potrebbe avvenire anche in via di prassi (oltre tutto non essendovi né una sede dove contestarla né alcuno legittimato a farlo) - avrebbe un duplice merito: in primo luogo, quello di evitare quelle motivazioni che, avendo, per così dire, più «anime» in contrasto tra loro, peccano quanto meno nella linearità della *ratio decidendi* (44) e finiscono

---

(42) V. le attente considerazioni sul punto di A. Pertici, *Astensione e ricusazione dei giudici costituzionali:ragioni e limiti della loro esclusione ed ipotesi di una loro introduzione*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3105 ss.

(43) Cfr. gli interventi, in vario senso, riportati in Aa.Vv., *L'opinione dissenziente*, a cura di A. Anzon, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, il 5 e il 6 novembre 1993, Milano, Giuffrè, 1995. In particolare, v. A. Anzon, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali, ivi*, pp. 430 ss., spec. 435 e 437.

(44) Nella mia esperienza di avvocato mi è raramente capitato di leggere una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale con tanti *obiter dicta* di segno opposto, come la sent. n. 326 del 1998 (red. Onida), sulla quale v. criticamente F. Modugno, *La posizione dei consorzi di bonifica nell'ordinamento vigente. (Un commento critico alla sent. n. 326 del 1998 della Corte costituzionale),* in *Giur. it.*, 1998, I, 2241 ss. e S. Bartole, *E' possibile superare le ambiguità apparentemente presenti nella posizione della Corte costituzionale in materia di consorzi di bonifica?*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2390. Con la conseguenza, derivante appunto dalla perplessità della motivazione della decisione della Corte (con la quale era stata pressocché

conseguentemente per contraddire proprio quel valore che il voto segreto vorrebbe garantire: la «monolitica solidarietà» del collegio giudicante (45) (o, il che è lo stesso, «l'unitarietà della voce della Corte») (46); in secondo luogo, quello di responsabilizzare i singoli giudici costituzionali allo scopo di poter dimostrare *erga omnes* la loro indipendenza di giudizio (47), con conseguente garanzia per l'effettiva indipendenza della Corte.

E' bensì vero che il «dissenso dichiarato» potrebbe diventare uno strumento intenzionale di indebolimento della decisione della maggioranza (48). Ma il punto non è questo. Il punto è un altro e sta nella «qualità» degli argomenti addotti dal dissenziente. Se gli argomenti sono deboli o aprioristicamente partigiani, essi infatti squalificano il *dissenter* e non la Corte. Se invece gli argomenti su cui il dissenso si basa sono fondati (o sono comunque più convincenti di quelli della maggioranza), ben venga allora il dissenso, perché la sua funzione sta proprio

---

interamente annullata una legge della Regione Marche che trasferiva alle Province le funzioni dei consorzi di bonifica), che il Consiglio di Stato, giudicando su un'ipotesi applicativa dei principi contenuti nella sent. n. 326 del 1998 della Corte, fece suoi gli ambigui *obiter dicta* e non l'effettiva *ratio decidendi* della pronuncia. V. sul punto Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2003, n. 4286, in *Foro amm.* CDS, 2003, p. 2316 (solo massima).

(45) Così il noto giudice federale e autorevole giurista Learned Hand, *The Bill of Rights*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1958, p. 72, citato criticamente, con buoni argomenti, da A. Scalia, *Remarks on Dissenting Opinion*, in Aa.Vv., *L'opinione dissenziente*, cit., p. 413.

(46) Così G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., p. 69.

(47) G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, p. 92, rileva giustamente, alla luce della sua esperienza, che «(q)uando tra i giudici si constatano irrigidimenti, costituzionalmente immotivati o artificiosamente argomentati, è facile pensare che ciò dipenda da fedeltà improprie. L'arrampicarsi sugli specchi in camera di consiglio è sempre un brutto segno così come lo è, al contrario, il rinunciare a motivare la propria posizione, per esprimere solo un voto bruto, come per stendere un velo sulle vere ragioni che spingono ad agire». Ciò nonostante, Zagrebelsky (*op. cit.*, pp. 70 s.), si esprime, sia pure problematicamente, contro l'introduzione del voto separato. Il che lascia perplessi.

(48) Così G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., p. 71

nel porre le premesse per un futuro *overruling*. Ma, a ben vedere, le argomentazioni del dissenziente sono utili anche e soprattutto se serie e ben motivate. In tale ipotesi, esse avranno infatti il merito - a tutto vantaggio della linearità e della stringatezza della decisione - di stimolare l'estensore ad eliminare dalla motivazione quei passaggi che potrebbe esporre la decisione a critiche (49).

(16 aprile 2007)

(49) Così, ancora, A. Scalia, *Remarks on Dissenting Opinion*, cit., p. 422, che sottolinea come questo aspetto positivo del sistema della *dissenting opinion* sfugga alla pubblica attenzione