

LA RESPONSABILITÀ DEL LEGISLATORE E LA CADUTA DEI MITI*

di Claudio Panzera

Le concezioni mitiche che possono dirsi popolari in senso stretto sono, infatti, di solito, vaghe, imprecise, fluttuanti, ed hanno, quindi, minore forza di espansione e di affermazione; quelle dottrinali invece hanno la rigidezza dei dommi, assumono una certa forma logica, e si rivelano perciò suscettibili di essere tratte a conseguenza ed a sviluppi, che ad esse conferiscono una maggiore parvenza di verità, mentre in sostanza questo loro carattere accentua e aggrava gli errori che stanno a base di esse. I miti, per così dire, ingenui sono di conseguenza più innocui dei miti, per così dire, sapienti, che meglio nascondono la contraddizione fra ciò che effettivamente sono, cioè errori, e ciò che vorrebbero essere, cioè verità.

Santi Romano

Sommario: 1. Lo Stato «responsabile» come corollario *giuridico* dell'evoluzione *storico-politica* del rapporto «autorità-libertà» (Stato-legale, Stato-di-diritto, Stato-costituzionale). - 2. L'idea di «sovranità» come ultimo limite ad una teoria generale della responsabilità pubblica (Stato *di* diritto e Stato *dei* diritti). - 3. I livelli di responsabilità pubblica nella Costituzione. Osservazioni generali. - 4. La specifica responsabilità del legislatore. Esistenza di una lacuna: anche la legge *can do no wrong?* - 5. Una differenziazione necessaria: responsabilità «per legge» e responsabilità «per omissione legislativa». - 6. La caduta dei miti: alcuni casi concreti. - 7. Il fondamento positivo della responsabilità del legislatore. - 8. Possibili rimedi costituzionali: (previa) dichiarazione di illegittimità; attività sostitutiva (omissioni); atti urgenti sospensivi (tutela cautelare); ricorso diretto. - 9. La «doppia» responsabilità del legislatore nello Stato costituzionale.

1. Le parole di Santi Romano¹ potrebbero, con gli opportuni adattamenti, valere anche per il tema della «responsabilità» del legislatore, la quale – com'è noto – si è affermata in modo più lento e faticoso rispetto ad altre forme di responsabilità dei soggetti investiti di pubblico potere.

Lo si può verificare ponendo a mente un dato ben preciso: il binomio «potere-responsabilità» rappresenta, in un certo senso, la traduzione con altra formula della relazione «autorità-libertà». Quest'ultima è notoriamente impiegata per descrivere l'evoluzione storico-politica delle forme di Stato², nei termini di una relazione

* *Testo, rivisto e ampliato, di un Intervento al Seminario su La responsabilità dello Stato, svoltosi a Pisa il 21 ottobre 2005.*

inversamente proporzionale fra i due poli: quanto maggiore è il riconoscimento dello spazio della «libertà», tanto minore è l'ambito in cui l'«autorità» può agire a proprio piacimento (e viceversa). L'incremento della sfera dei diritti, dunque, dovrebbe coerentemente sempre portare ad un rafforzamento dei vincoli all'esercizio del potere. Segno evidente dell'esistenza di tali limiti è il riconoscimento di una *responsabilità* in capo agli apparati pubblici in ordine all'esplicazione delle funzioni loro proprie.

Il vincolo massimo, probabilmente, si produce nel c.d. *Stato-costituzionale*, ove le istanze di garanzia dei diritti «contro» il potere sublimano nel controllo perfino della legge – tradizionalmente, atto «supremo» dell'autorità – rispetto ai limiti, formali e sostanziali, fissati nella Costituzione rigida. Ma una stessa logica di tutela emerge, a ben vedere, anche nelle forme di Stato storicamente precedenti, tanto da poter descrivere il passaggio dallo Stato-legale allo Stato-di-diritto fino allo Stato-costituzionale come un processo, graduale ma crescente, di continuo incremento dei livelli di protezione (e dunque di responsabilità) contro l'esercizio arbitrario del potere³.

2. È bene tuttavia ricordare che, nell'evoluzione descritta, il riconoscimento *integrale* di una responsabilità dello Stato non è avvenuto automaticamente. Per lungo tempo, infatti, l'attività legislativa si è sottratta al graduale affermarsi del principio per cui i pubblici poteri rispondono della lesione di diritti causata da propri atti o comportamenti, beneficiando così di una sfera di sostanziale *immunità*.

Rigettata la concezione che identifica «diritto» e «Stato» – per la quale, in tesi, non può darsi alcun *Staatsunrecht*⁴ – ed al di là delle più specifiche cause che si vedranno fra poco, la ragione di fondo va individuata nel ruolo predominante avuto da uno dei principali dogmi della scienza giuridica moderna: la *sovranità*. Proprio nella sua accezione specifica di sovranità *popolare*, tale principio si è nel corso del tempo «mitizzato», circondando l'istituzione rappresentativa del popolo di un'aurea di infallibilità che si è conseguentemente estesa ai suoi atti, ostacolando così ogni imputazione di responsabilità allo Stato per la lesione dei diritti prodotta mediante l'attività legislativa.

Dunque, ecco che la citazione iniziale di Romano può servire anche al presente discorso. Per quanto possieda ragioni specifiche

e non incoerenti nel quadro di riferimento in cui il principio di sovranità popolare si muove (*infra*, § 4), l'esonero del legislatore da ogni responsabilità è certo un dato in controtendenza rispetto all'evoluzione sopra brevemente descritta: laddove progredisce lo spazio (di tutela) della libertà, dovrebbe cedere terreno l'azione «libera ed irresponsabile» dell'autorità. E, come mito «dottrinale», risulta più difficile da superare o quanto meno ridimensionare entro un ambito di compatibilità (ovvero, di bilanciamento) con altri principi generali del sistema.

Un chiaro esempio, fra i tanti, di come alcuni dogmi possano operare da freno nell'evoluzione degli ordinamenti giuridici⁵ è rappresentato dall'orientamento della dottrina giuspubblicistica tedesca della seconda metà dell'Ottocento, ove la stessa qualificazione dello Stato-di-diritto – *Rechtsstaat* – fagocitò, assorbendola in sé, la teorica dei diritti, che perse così la sua autonomia. Solo formalmente contrapposte all'autorità statale (si parlava, infatti, di *diritti* «pubblici» *subbiettivi*), le libertà esistevano unicamente perché riconosciute dallo Stato, come frutto di una sua auto-limitazione, e non perché godessero di uno spazio proprio e indipendente da quello. Tali libertà erano, dunque, mere «posizioni riflesse» del diritto promanante dal centro sovrano del potere: *Reflexrechte*⁶.

Oggi il quadro è decisamente capovolto. La cultura giuridica in tema di libertà rivela la sua vincente (quella del costituzionalismo moderno: americano ed europeo) propone invece che i diritti fondamentali – accanto alla divisione/equilibrio fra i poteri – occupino un posto centrale negli odierni documenti costituzionali, ne siano in un certo senso il «cuore pulsante»⁷, rientrando per tale via nella «sfera dell'indecidibile» nei confronti dei soggetti investiti di potere⁸. L'auto-limitazione dell'autorità statale non può costituirne la fonte, ma ne è solo una conseguenza, in modo da trasformarsi, all'opposto, in una etero-limitazione o – se si vuole, ma è la stessa cosa vista soltanto da un'altra prospettiva – in un'*auto-limitazione irreversibile*, sottratta alla disponibilità degli organi politico-decisionali, e dalla quale soltanto un evento del tutto nuovo ed eccezionale (extra-ordinamentale) come un fatto costituente potrebbe sciogliersi⁹.

La strada della piena affermazione di una responsabilità generale e completa dello Stato *ad ogni livello* della sua azione passa, dunque, per il superamento degli ostacoli frapposti dal-

l'esaltazione del dogma della sovranità popolare, in particolare delle conseguenze giuridiche «mitizzanti» che se ne sono tratte, quali, in primo luogo, la «intoccabilità» del legislatore. A tal fine, l'affacciarsi e lo sviluppo del controllo di costituzionalità della legge, benché importante, purtroppo non si rivela di per sé risolutivo, bisognando dell'apporto di altri fattori, come i casi concreti hanno dimostrato (*infra*, § 6).

Insomma, se si concede il gioco di parole, dallo Stato *di* diritto allo Stato *dei* diritti il passo può esser breve ma non è scontato.

3. In fondo, basta dare un rapido sguardo al testo della nostra Costituzione per notare come i Costituenti abbiano disseminato principi di responsabilità nell'esercizio del potere pubblico, configurando gli opposti casi di immunità come un'*eccezione*.

Spicca, anzitutto, la clausola generale fissata nell'art. 28: la sua portata innovativa sta proprio nella scelta per un regime di responsabilità *diretta* del dipendente/funziionario pubblico e solo sussidiaria dello Stato, anche se poi, nella pratica, è prevalsa un'interpretazione diversa, volta a diluire la prima nella seconda e a trasformare quella statale in una responsabilità «in solido» con quella del dipendente/funziionario. Ma resta il fatto che sia il criterio sistematico (in particolare, una lettura combinata con l'art. 113) sia il criterio testuale (la sua peculiare collocazione al termine del capo relativo ai rapporti civili) rendono evidente la sua funzione di *norma di chiusura nella protezione dei diritti fondamentali*, prima ancora che norma di completamento del regime giuridico cui è sottoposta la p.a.¹⁰. Ne consegue l'inattualità di ogni interpretazione restrittiva della disposizione in parola, ad esempio limitando la sua efficacia alla sola condotta dolosa del funzionario¹¹.

Qualcosa di simile è avvenuto con riguardo a quella particolare categoria di dipendenti pubblici che sono i magistrati. L'evoluzione del regime di responsabilità loro applicabile – iniziata, sul finire degli anni '80, con un'abrogazione referendaria della disciplina allora vigente – ha prodotto ancora una volta uno slittamento della pretesa risarcitoria, che si può far valere direttamente e subito contro lo Stato, salvo rivalsa di quest'ultimo sul magistrato, entro certi limiti (l. n. 117/1988)¹².

Disposizioni specifiche mirano, per converso, a circoscrivere la responsabilità degli organi politici, anche se non sarebbe certo corretto parlare di un completo esonero. Così avviene per i parlamentari, in ordine alle opinioni espresse e i voti dati, ma soltanto nei limiti dell'«esercizio delle loro funzioni»¹³. Superata quella soglia – incerta quanto si vuole ma non indeterminabile – anche il parlamentare risponderà al pari del cittadino comune dei danni arrecati ai diritti dei terzi con la propria condotta¹⁴. Analoga ma sensibilmente più estesa garanzia (volta a coprire *tutti* gli atti funzionali) è quella relativa al Presidente della Repubblica, la cui responsabilità non va confinata – secondo l'interpretazione che sembra più corretta – ai soli illeciti penali-costituzionali dell'art. 90, ma comprende anche altri tipi di condotte¹⁵. Fra le tante, quella conseguente all'uso/abuso del potere di esternazione, come il notissimo «caso Cossiga» ha dimostrato¹⁶.

Infine, anche per i membri del Governo – Presidente del Consiglio e Ministri – vige un regime di responsabilità ben preciso, il quale travalica i confini politici del rapporto fiduciario con le camere¹⁷: la responsabilità, oltre che collegiale, anche individuale (per gli atti del proprio dicastero) *ex* art. 95, II c. e la sottoposizione per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni alla giurisdizione comune, anziché costituzionale, in base alla modifica dell'art. 96 (legge Cost. n. 1/1989), sono manifestazioni del chiaro intento di non lasciare scoperto alcun canale di controllo sull'azione dei poteri pubblici, anche quando essa assume connotati giuridicamente più sfumati come nel caso degli organi politici.

4. Rispetto al quadro così delineato, un esonero di responsabilità dello Stato per il fatto del legislatore appare senza dubbio un elemento di distonia, se non di vera *rottura*, che può sopravvivere solo se appositamente giustificato in base ad un principio del sistema.

Non ignoriamo, ovviamente, l'esistenza di una responsabilità *politica* dei membri del Parlamento, tramite la quale periodicamente questi si sottomettono al giudizio – appunto, «politico» – del corpo elettorale. Ma osserviamo che questa forma di controllo, pur importantissima, è ben poca cosa rispetto al quadro di valori costituzionali coinvolti, poc'anzi delineato, che invece stimola verso la ricerca di un «di più».

Se nella concezione meramente formale dello Stato-di-diritto (*wertlos* o *wertfrei*) non aveva senso porsi un tale problema¹⁸, nello Stato costituzionale contemporaneo la questione diventa di estrema importanza. In esso, infatti, non reggono più le argomentazioni a sostegno dell'irresponsabilità che risalgono ancora in gran parte alla riflessione filosofico-politica del XVII secolo: non l'onnipotenza priva di limiti, nello Stato-Leviatano, del legislatore «monarca assoluto» di hobbesiana memoria (si rammenti il brocardo: *auctoritas non veritas facit legem*)¹⁹; né l'identificazione rousseauviana fra legge del Parlamento e *volonté générale*, che porta ad escludere logicamente qualunque forma di responsabilità, in quanto – in virtù dell'identificazione fra artefici e destinatari della legge – sarebbe una responsabilità verso se stessi²⁰.

Come correttamente notato²¹, finché il principio democratico si è misurato con una struttura sociale omogenea (*rectius*: che appariva formalmente omogenea), come nello Stato-di-diritto ottocentesco monoclasse, il rapporto con il principio di responsabilità dell'azione pubblica non poteva che essere impostato nei termini di un'*antitesi*. Difatti, il dogma dell'infallibilità del legislatore è stato messo in dubbio solo all'interno di una cornice teorica severamente critica verso la democrazia, come ad esempio in Kant²². Ma, con l'emersione della complessità della struttura sociale e delle dinamiche interne di differenziazione – tradotta giuridicamente nella formula dello «Stato pluriclasse»²³ – cade anche l'illusione della legge generale e astratta come prodotto di un'unica volontà normante. Al contrario, essa diviene il frutto di una «contrattazione» tra le parti politiche dominanti, rispetto a cui la regola decisionale della maggioranza rende arduo parlare di una volontà generale (e totale) in essa confluita, come dimostrato dalla parallela, crescente preoccupazione di tutelare la minoranza parlamentare dissenziente²⁴.

Su queste basi, risulta estremamente difficile continuare a sostenere il dogma dell'infallibilità del legislatore, e quindi della sua irresponsabilità, quasi fosse divenuto «*une sorte de mythe religieux*»²⁵. Una tale idea va invece efficacemente contrastata con le armi della «laicità», abolendo il privilegio di cui gode la legge e riportando il legislatore in condizioni di parità/eguaglianza con gli altri poteri pubblici nella sottoposizione *al diritto* (ossia alla Costituzione) e, in ultima istanza, *ai diritti* (costituzionali).

Dunque, nell'assenza all'interno del nostro ordinamento di una clausola costituzionale che esplicitamente affermi o neghi la responsabilità del legislatore, bisogna colmare tale *lacuna* – ché di questo si tratta – con l'ausilio dei princìpi desumibili dal sistema.

Come noto, esistono diversi tipi di lacune: normative, assiologiche o ideologiche, tecniche o di costruzione, istituzionali, ecc. Ora, poiché l'individuazione di una lacuna giunge sempre *dopo* aver interpretato il diritto vigente²⁶, diventa di estrema importanza il punto di partenza del momento interpretativo. Infatti, in base alla specifica ricostruzione del sistema sotto il profilo qui considerato, avremo un genere di lacuna piuttosto che un altro.

Così, il problema della responsabilità del legislatore sarebbe risolto a monte, ma *negativamente*, a seguire la proposta di Kelsen, per il quale le lacune del diritto non esistono, giacché «si è liberi di fare o di non fare quello a cui non si è obbligati»²⁷: mancando una norma costituzionale che disponga al riguardo come per gli altri poteri, il legislatore dovrebbe essere pertanto considerato irresponsabile. Viceversa, di lacuna in senso proprio si potrebbe parlare ove si ammettesse che, nel silenzio della Costituzione, entrambe le possibilità restino aperte: affermare o negare la responsabilità anche in questo caso (seguendo l'argomento analogico o, viceversa, quello *a contrario*). Si tratterebbe, quindi, non già di una mancanza *tout court*, ma della mancanza – come è stato detto – di una norma *certa*²⁸.

Con riguardo al tema qui trattato, si potrebbe forse parlare di lacuna *tecnica* o *di costruzione*, nell'accezione comunemente data di mancato completamento di un istituto previsto in via generale²⁹, quindi come assenza di svolgimento di una norma-principio³⁰ o, detto altrimenti, come mancanza di una norma «la cui esistenza sia condizione necessaria per l'efficacia di un'altra norma»³¹. Al di là della varietà di definizioni, ciò che qui conta – a parer nostro – è che si tratta di una lacuna *interna* al sistema giuridico: ossia, non è tanto un problema di fattispecie concreta cui non corrisponde alcuna fattispecie astratta (mancanza della norma specifica ai fini della decisione giudiziaria), bensì un problema di carente «costruzione» dell'edificio giuridico in una sua parte più o meno essenziale, che si ritiene dovrebbe invece esserci sulla base di una previsione, specifica o di principio, del sistema³². Il contenuto di tale previsione, che andrebbe svolta più completamente attraverso l'esplicita ammissione – o razio-

nalizzazione costituzionale – di una *qualche* forma di responsabilità del legislatore, coincide in realtà con i principi di legalità e libertà dello Stato-di-diritto, maturati al massimo grado nello Stato-costituzionale (v. pure *infra*, § 7).

Guardando, infatti, al quadro delle norme costituzionali sopra indicate e alla posizione apicale rivestita dai principi in materia di diritti fondamentali – precipitato del costituzionalismo moderno – sembrerebbe che la regola base non possa coincidere con la tralaticia idea che, dopo il monarca, anche il Parlamento *can do no wrong*. Infatti, sebbene manchi nella Costituzione italiana un'affermazione perentoria come quella contenuta nell'art. 1, III c., della *Grundgesetz* tedesca³³, lo sdoppiamento dei livelli di legalità («ordinario» e «costituzionale») realizzato con l'avvento delle Costituzioni rigide e l'invenzione del controllo di costituzionalità delle leggi conducono a ritenere *inaccettabile* che il titolare di un diritto fondamentale assista forzosamente inerte alla lesione perpetrata mediante la legge, accontentandosi della magra consolazione di veder rifluire la sua insoddisfatta pretesa in un «generale turbamento della fede pubblica»³⁴. Verrebbe altresì violato il principio, pure questo fondamentale, della tutela giurisdizionale dei diritti (artt. 24 e 113 Cost.).

La qual cosa è tanto lontana dalla tavola dei valori propria degli ordinamenti liberal-democratici contemporanei che un'autorevole dottrina – particolarmente sensibile alle problematiche delle libertà – ha considerato quasi «impensabile» che lo Stato possa imputare a sé un atto lesivo di diritti, per l'elementare ragione che, assumendo i diritti stessi a contenuto eminente dei valori da tutelare e conservare, la lesione si risolverebbe in un atto *contro* i suoi interessi. La responsabilità verrebbe così a cadere su chi dello Stato «ha usurpato il nome», ossia sull'organo che ha operato violando gli «imperativi supremi, essenziali dello Stato medesimo»³⁵.

Superate le obiezioni teoriche – comprese quelle relative alla natura dell'atto (la legge come atto «libero nel fine»)³⁶, ed alle sue caratteristiche (generale e astratto: quindi, con destinatari indeterminati)³⁷ – restano alcune difficoltà pratiche quali, ad esempio: la qualificazione dell'apporto del singolo parlamentare nell'approvazione della legge lesiva di diritti, l'eventuale ricerca dell'elemento soggettivo della colpa o l'esistenza di ipotesi di sottrazione della responsabilità per alcuni atti contro i quali è

tuttora carente un'ideale protezione³⁸. Esse, pur non trascurabili, riguardano però un momento dell'indagine diverso e successivo: quello della configurazione *concreta* dell'istituto della responsabilità legislativa (su cui pure *infra*, § 7), ovvero i suoi elementi minimi di operatività, e non certo la sua pensabilità ed ammissibilità *teorica* nel nostro ordinamento come riflesso di un principio generale.

Questa considerazione va ribadita con forza proprio di fronte ad ondivaghi atteggiamenti della giurisprudenza, anche di legittimità, che inspiegabilmente sembrano revocare in dubbio, agitando antichi vessilli, principi che apparivano ormai come «punti di non ritorno»³⁹.

5. Prima di delineare le forme concrete di responsabilità per il fatto del legislatore, appare utile una precisazione.

Affinché detta responsabilità operi non è necessario che il pregiudizio sia generato sempre dall'emanazione di una legge o atto equiparato; infatti, può accadere che la lesione si determini proprio perché manca una legge che invece dovrebbe esserci e, quindi, che sia il frutto di un'*omissione legislativa*.

Anche se l'accertamento della responsabilità – in particolare del nesso causale fra condotta e danno – risulta in questi casi più problematico, nondimeno va affermata la riconducibilità dell'omissione all'ambito del principio generale, la cui validità non muta in relazione al tipo di «fatto» lesivo.

Dal punto di vista teorico-dogmatico, tale considerazione pone oggi meno difficoltà che in passato, quando alla distinzione teorica in ordine all'efficacia delle disposizioni costituzionali fra norme immediatamente precettive, norme ad applicazione differita e norme programmatiche⁴⁰ corrispondeva nei fatti un vincolo via via meno stringente per il legislatore. Tale vincolo era minimo nell'ultima ipotesi (norme programmatiche) giacché, per la prevalente giurisprudenza dell'epoca, in assenza di legislazione attuativa non poteva vantarsi alcuna pretesa direttamente discendente dalla norma programmatica, né l'inerzia del Parlamento era ritenuta in alcun modo sanzionabile⁴¹. Pur non mancando a quel tempo autorevoli, ma isolate, voci contrarie⁴², com'è noto ci vollero anni prima che la Costituzione acquisisse in pieno – ossia, in relazione a *tutte* le sue disposizioni – forza normativa. Poiché la gran parte di dette norme riguardavano la materia sociale, il percorso si consolidò parallelamente alla graduale emancipazione

dei diritti sociali dalla situazione di «minorità» in cui versavano in rapporto ai classici diritti di libertà⁴³.

Oggi, invece, non è più pensabile ritenere priva di conseguenze l'inerzia del legislatore, soprattutto quando essa determini una *inattuazione* della Costituzione e questo ridondi sulle posizioni giuridiche dei cittadini tutelate a livello costituzionale⁴⁴. La giurisprudenza costituzionale, del resto, ha riconosciuto più volte nel corso degli anni la censurabilità delle omissioni legislative e la più avvertita dottrina già negli anni '70 si poneva il problema dell'eventuale ricorso a rimedi prettamente *giurisdizionali*, dando per scontato che l'inerzia fosse sanzionabile costituzionalmente⁴⁵.

Il fatto che, talvolta, non si sia giunti ad una pronuncia di illegittimità – in vista di un maggior «equilibrio costituzionale» (contemperando l'esigenza della sanzione con altri valori in gioco) – o che nel nostro ordinamento manchino azioni dirette del singolo contro i comportamenti omissivi del legislatore, non toglie valore alla tesi che si ritiene qui di accogliere. La responsabilità, semmai, può divenire più sfumata per l'ipotesi di attuazione solo *parziale* di una norma costituzionale. Qui, però, fortunatamente sovengono i canoni elaborati dalla Consulta per valutare se la disciplina violi o no l'obbligo costituzionale su di essa gravante, quali: il principio di gradualità, il limite risorse disponibili e – soprattutto – il concetto di «contenuto essenziale» del diritto in gioco. Ma, ancora una volta, la responsabilità non è da escludere del tutto⁴⁶.

6. Al di là delle ricostruzioni teoriche, non si può ignorare che, nei fatti, il mito dell'irresponsabilità del legislatore è *già caduto* e va considerato su più versanti ormai superato. E non solo con riguardo al nostro ordinamento: la problematica è difatti ben nota ad altri Paesi, pur vicini al nostro per cultura e tradizione giuridica⁴⁷. I criteri da essi elaborati sono naturalmente eterogenei, misurati sulla realtà normativa del singolo sistema, ma affondano le loro radici su un terreno di principi politico-giuridici comuni riconducibili all'idea dello Stato di diritto, nella sua versione «avanzata» di Stato costituzionale⁴⁸.

Un apporto determinante al processo di omogeneizzazione degli *standards* proviene dall'ordinamento comunitario, e per esso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. È questo, anzi, uno dei settori ove essa ha aperto un varco decisivo nel «muro» delle resistenze

nazionali, riconoscendo a partire dal 1991 la responsabilità del legislatore per i danni arrecati agli individui a causa della violazione del diritto comunitario⁴⁹. La particolarità deriva pure dal fatto che, nel caso di specie, si trattava di un'omissione: la non attuazione nel termine previsto di una direttiva in materia sociale si era risolta in un mancato godimento del diritto dalla stessa attribuito; un danno che lo Stato fu chiamato a risarcire nei confronti dei titolari pregiudicati. La regola – generalizzabile con il concorso di alcune condizioni⁵⁰ – ha avuto il grande vantaggio di realizzare un'efficace opera di *enforcement* del diritto comunitario all'interno del diritto nazionale in via «mediata», aggiungendo alla responsabilità *esterna* dello Stato (inadempimento comunitario) anche una responsabilità *interna* (lesione di un diritto) mediante una relazione instaurata «direttamente» con i cittadini, alla fine «scavalcando» l'autorità nazionale⁵¹. L'effetto complessivo, tuttavia, è dovuto all'*integrazione dei due livelli normativi*, in quanto le condizioni della responsabilità sono fissate dal giudice comunitario, ma quelle del risarcimento sono rinviate alla disciplina interna, ferma restando la clausola del c.d. «effetto utile»⁵². Sembra corretto, ai fini della qualificazione dell'istituto, accantonare la rigida alternativa «illecito comunitario/illecito statale» in favore di una configurazione unitaria, come è stato proposto con l'espressione di *illecito interfacciale*⁵³.

Nel cammino della responsabilizzazione degli organi legislativi, ulteriori progressi si sono registrati con l'aggiunta dei casi di violazione del diritto comunitario anche per errata attuazione di una direttiva⁵⁴ o di violazione mediante comportamenti *commissivi*, quindi tramite leggi⁵⁵. C'è solo un punto da chiarire. La Corte di Giustizia dichiara di riferirsi al «principio comune» in forza del quale «il danno causato da un'azione od omissione illegittime va risarcito». Assodata la diversità delle ricostruzioni nazionali sul problema della responsabilità del legislatore, verrebbe da concludere che c'è veramente poco di «comune» sul punto. L'ostacolo viene superato dalla Corte con il rilievo che, *in ordine all'osservanza delle norme comunitarie, non v'è distinzione fra gli organi interni allo Stato autore dell'illecito* (che va considerato nella sua unità). Quindi, è del tutto irrilevante la circostanza che la violazione sia imputabile al legislatore piuttosto che al potere esecutivo o giudiziario⁵⁶. Una conferma è data da un recente riconoscimento di responsabilità statale anche nel caso di danno prodotto da un'interpretazione giudiziaria in contra-

sto con il diritto comunitario⁵⁷, cui ha fatto seguito pochi mesi dopo la condanna, in una procedura per infrazione, dell'Italia a causa della particolare interpretazione data dalla Cassazione ad una norma interna che, di per sé, non appariva in violazione dell'ordinamento sovranazionale⁵⁸.

L'influenza comunitaria, che già in relazione ad altre vicende era stata decisiva per l'abbattimento del «muro» della sovranità statale, nel presente caso funge anche da terreno ideale per i processi di circolazione culturale dei modelli giuridici fra gli ordinamenti e per il loro innesto nelle singole esperienze nazionali, soprattutto per via giurisprudenziale (c.d. *judicial cross-fertilization*)⁵⁹. Addirittura, il giudice comunitario – pur dichiarando formalmente di trarlo dai principi comuni agli Stati membri – ha contribuito in modo determinante al riconoscimento ed all'affermazione del paradigma della responsabilità legislativa, servendosi della *primauté communautaire* e coadiuvato dall'attiva e vigile collaborazione dei giudici nazionali. Si tratta, in fin dei conti, di un chiaro e per nulla nuovo episodio di protagonismo dell'ordinamento comunitario nella formazione del proprio «patrimonio» costituzionale⁶⁰, con una palese trasformazione del tessuto degli ordinamenti statali, nello specifico, della funzione legislativa nazionale⁶¹.

Nel quadro considerato, neppure va ignorata la forza trainante che può svolgere l'altro sistema giuridico europeo, basato sulla CEDU, il cui art. 41⁶² offre serie garanzie per ricondurre anche l'attività legislativa al rispetto dei diritti protetti dalla Convenzione, con conseguente responsabilità alle condizioni ivi previste. Fra queste, in particolare, l'*incompletezza del rimedio interno* rispetto alla situazione giuridica che esige riparazione: circostanza che potrebbe benissimo adattarsi agli eventuali limiti al riconoscimento di una pretesa risarcitoria nei confronti del legislatore. Particolare attenzione merita, poi, l'elaborata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla tutela dell'affidamento dei singoli una volta che questo sia pregiudicato da interventi legislativi, specie a carattere retroattivo: la spiccata sensibilità da essa mostrata nel privilegiare l'esigenza di protezione dei diritti lesi rispetto alle ragioni politiche a sostegno dell'adozione di leggi retroattive è certo un fattore di sprono nei confronti dei più timidi riconoscimenti delle Corti interne, e, per quel che ci riguarda, della nostra Corte costituzionale. Sicché va auspicata e incoraggiata ogni occasione di riavvicinamento delle due giurisprudenze⁶³.

Infine, per giungere ai profili di diritto interno, degna della massima considerazione è, fra le altre, la giurisprudenza costituzionale in materia di indennizzo per i danni da vaccinazione obbligatoria o soltanto incentivata⁶⁴. La fattispecie – che si accosta più a forme di responsabilità «da atto lecito» che a vere e proprie violazioni illecite – arricchisce il quadro della responsabilità del legislatore di nuovi tasselli, spostando ancor di più l'asse di riferimento sul piano «oggettivo» del sacrificio patito, controbalanciato dal riconoscimento di un diritto all'indennizzo, che trova il suo fondamento nell'esigenza di *redistribuzione sociale* dei costi sopportati solo da alcuni a vantaggio dell'intera collettività⁶⁵. Proprio in relazione al caso specifico di sacrificio imposto dalla legge ad un diritto fondamentale, quale è il diritto alla salute, la Corte costituzionale italiana ha parlato di una triplice possibilità di tutela, fra cui il risarcimento del danno secondo le regole della responsabilità aquiliana e l'indennizzo da atto lecito⁶⁶.

7. La ricerca delle ragioni profonde che militano a favore della responsabilità dello Stato per il fatto del legislatore conduce, come visto, alle radici ideali della tradizionale formula Stato-di-diritto, all'avvento storico delle Costituzioni rigide e all'affermarsi del controllo di costituzionalità delle leggi: frontiere del diritto moderno dalle quali è irrealistico pensare di poter regredire.

Ciò non esonera dalla ulteriore ricerca di un più specifico fondamento «positivo» alla formula in questione. Nel nostro ordinamento si danno almeno due strade alternative, ma non lontane fra loro per logica ispiratrice.

La prima si fonda sull'applicazione anche allo Stato-legislatore dell'art. 2043 c.c. Pur inserita in un contesto normativo di relazioni fra privati, la norma esprime infatti un principio più generale (*l'alterum non laedere*) che potrebbe adattarsi anche al caso di specie qui considerato⁶⁷. Naturalmente, non senza qualche opportuno aggiustamento. Anzitutto, l'ingiustizia del danno – ovvero, la condotta *non jure e contra jus* – andrebbe rapportata alla violazione della norma costituzionale che protegge il diritto pregiudicato⁶⁸, compresi i casi di violazione indiretta, come nella fattispecie di illecito comunitario sopra esaminato. Inoltre, l'elemento soggettivo, spogliato dall'indagine psicologica (che è invece tipica del modello tedesco basato sulla «violazione dei doveri d'ufficio»: *Amtsbaftung*), si risolverebbe a questo punto nell'accezione

«oggettivizzata» della colpa (per violazione di norme superiori) e quindi di una colpa *implicita* nell'accertamento dell'illegittimità della legge o dell'omissione legislativa. Ciò non dovrebbe comunque determinare uno stravolgimento dell'istituto della responsabilità extracontrattuale nel nostro ordinamento, che verrebbe invece ad allinearsi agli sviluppi europei del sistema di responsabilità pubblica, all'interno dei quali si registra un'innegabile tendenza all'oggettivizzazione e ad un conseguente ridimensionamento del problema della colpa.

La seconda strada riguarda le ipotesi in cui la legge, nel perseguire un fine legittimo, determina la lesione di una situazione giuridica costituzionalmente tutelata. Ci si può richiamare, per comodità, all'altro caso menzionato – ampiamente esemplificativo – dei danni da vaccinazione obbligatoria. Un appiglio costituzionale specifico per dette ipotesi lo si potrebbe forse rinvenire nella disciplina dell'espropriazione, per la quale l'art. 43 pone come inderogabile compensazione al pregiudizio patito il pagamento di un indennizzo. Ma non è pacifica l'estensione di tale norma a casi diversi dalla protezione dei diritti reali immobiliari, in virtù di un orientamento giurisprudenziale che qualifica la misura indennitaria come ipotesi eccezionale e tassativa, quindi da prevedere esplicitamente per legge. Con ogni evidenza, ridondano in queste posizioni le acquisizioni sedimentate di una tradizione giuridica risalente e tuttavia non ancora del tutto superata⁶⁹.

Potrebbe, allora, farsi utile ricorso ad un principio sostanziale di *giustizia distributiva*, che trova una base normativa nell'art. 2 Cost., con riguardo ai «doveri inderogabili» gravanti sui membri della collettività. Affinché, però, il richiamo a tale principio non si riveli insufficiente a causa della sua eccessiva genericità, esso va combinato con un'altra norma, tramite la quale «misurare» la discrezionalità del legislatore nella ripartizione dei carichi all'interno della società. Questa altra norma non può che essere l'art. 3 Cost., la cui versatilità ai fini del controllo sulle attività del potere pubblico si adatta bene al caso in questione⁷⁰. L'*eguaglianza-ragionevolezza* della previsione legislativa che comprime un diritto per interessi generali si rivela, così, l'ago della bilancia nella valutazione sulla condotta del legislatore: se il sacrificio è stato equamente ripartito fra tutti, in modo omogeneo e diffuso, non scatterà alcuna responsabilità; viceversa, nell'ipotesi di chiara determinabilità della categoria (più o meno ristretta) dei soggetti

colpiti, in relazione ai quali il pregiudizio diventa «specifico» e «diretto». La vicenda dei danni da vaccinazione obbligatoria rientra perfettamente in tale ipotesi teorica⁷¹.

In conclusione, uno sguardo meno superficiale al testo della Costituzione rivela complessivamente molte più tracce di quanto a prima vista potrebbe sembrare: la copertura specifica di una situazione giuridica soggettiva fondamentale (ad esempio, il diritto alla salute: art. 32), da sola o in congiunzione con il principio di eguaglianza (art. 3); la clausola generale dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili (art. 2); il diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24), in rapporto alla protezione contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione (art. 113) ed il controllo di costituzionalità delle leggi (art. 134); la responsabilità diretta del funzionario/dipendente pubblico e quella sussidiaria dello Stato (art. 28); fino al generico dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi, specialmente se accompagnato dal giuramento di chi assume l'incarico pubblico (art. 54).

8. Restano da individuare i rimedi costituzionali cui ricorrere, sempre secondo il nostro diritto positivo, quando si voglia far valere la responsabilità del legislatore.

Appare ovvio che lo strumento più idoneo sia rappresentato dal controllo sulla costituzionalità delle leggi⁷², ancorché tale misura – pur assorbendo spesso l'accertamento di alcuni elementi della fattispecie impiegata (l'ingiustizia del danno o la colpa dell'agente) – non sia ritenuta da tutti come premessa necessaria e imprescindibile al fine di pervenire all'affermazione della responsabilità⁷³.

In linea puramente astratta, avendo differenziato la violazione determinata mediante una legge e quella generata da un'omissione (§ 5), potrebbe ragionarsi della necessità di una *tutela diretta* (eventualmente anche *cautelare*), nel primo caso, e di un'*azione sostitutiva*, nel secondo.

Partendo da quest'ultima, la nostra Costituzione prevede in particolari circostanze forme di intervento suppletivo per i casi di omissioni, assolute o relative: si pensi ai poteri sostitutivi che lo Stato può esercitare nei confronti della Regione inadempiente di alcuni obblighi specifici, ad esempio per l'esecuzione degli atti comunitari o di accordi internazionali (art. 117, V c.) – ipotesi

che integra, come visto (§ 6), pienamente gli estremi della responsabilità degli organi legislativi (dunque, anche regionali) – o quando richiesto dalla necessità di proteggere i diritti fondamentali, precisamente nei «livelli essenziali delle prestazioni» che li concernono, prescindendo dall'ambito strettamente «locale» (art. 120, II c.).

Ma al di là di tali misure, «politiche», spicca l'esiguità – se non proprio l'assenza – di strumenti *giurisdizionali* a disposizione, diversamente da quanto si verifica in altri Paesi con il riconoscimento esplicito dell'istituto della *incostituzionalità per omissione* e la previsione di alcuni rimedi dotati di varia efficacia⁷⁴. Comune ai diversi modelli è l'obbligo di comunicazione dell'omissione agli organi competenti ad intervenire; peculiari, poi, le modalità previste in Brasile ed in Venezuela. Nel primo, si dispone che, se le misure consequenziali necessarie spettano ad organi amministrativi, queste debbano essere emanate entro trenta giorni dalla dichiarazione di incostituzionalità; nel secondo, invece, è la stessa Corte a stabilire il tempo e – se del caso – anche i *principi* che devono guidare la futura normazione (*los lineamientos de su corrección*). Nell'uno e nell'altro caso, anche per l'ampiezza della legittimazione attiva, si può a buon titolo parlare di una vera e propria *azione diretta* di incostituzionalità per omissione, come rimedio (astratto) teso alla difesa «obbiettiva» della Costituzione⁷⁵.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, nel silenzio delle fonti la Corte costituzionale ha colmato la lacuna elaborando ben note e sofisticate tecniche decisorie, tra le quali sono certamente utilissime ai fini considerati le sentenze «additive». Tramite queste, com'è noto, la disposizione impugnata viene colpita per ciò che in essa *non* è previsto, sì da accompagnare sempre alla censura dell'omissione l'aggiunta della norma mancante, peraltro già individuata *ex ante*⁷⁶. Ad esempio, nel più volte citato caso delle vaccinazioni obbligatorie, l'incostituzionalità è superata inserendo nella legge l'obbligatoria previsione di un indennizzo che compensi i singoli del sacrificio patito, riequilibrando così il bilanciamento effettuato dal legislatore fra tutela della salute pubblica e protezione della salute individuale⁷⁷. Nei casi più complessi soccorrono le sentenze *additive di principio*, la cui peculiare struttura potrebbe contribuire ad esplicitare il principio di responsabilità proprio laddove esso non emerga chiaramente e consentire, a un tempo, al legislatore di intervenire *erga omnes*

con una disciplina coerente e al giudice di offrire protezione immediata ed *inter partes* alle situazioni giuridiche coinvolte. Per tale via, anche in assenza di specifici rimedi di diritto positivo, il nostro sistema di giustizia costituzionale ha trovato il modo di porre un argine tutto sommato funzionante alle violazioni della Costituzione generate dall'inerzia del Parlamento⁷⁸.

Quanto alla necessità di una tutela contro atti *commissivi*, l'esigenza di garantire una protezione immediata ed urgente al diritto pregiudicato è assicurata – nella logica del modello di accesso incidentale – dalla sospensione anche parziale del giudizio, e quindi dalla momentanea sospensione dell'applicazione della legge in relazione al concreto caso controverso che deriva dalla decisione del giudice di rimettere la questione di legittimità costituzionale alla Corte. La parte del processo principale che lamenta una lesione «personale e diretta» prodotta dalla legge è, quindi, *subito* garantita; senza dimenticare che, però, si potrebbe presentare la necessità di offrire, all'interno della fase sospesa, una tutela urgente pure alla parte che, all'opposto, si gioverebbe dell'applicazione della legge impugnata⁷⁹.

Ma la nota ed inevitabile «strettoia» del giudizio incidentale genera problemi ancora maggiori se lo sguardo si allarga oltre il processo *a quo*: agli altri giudizi, anzitutto; alle vicende giuridiche quotidiane, poi. La prassi dei giudici comuni di emanare – appena venuti a conoscenza che su una legge di cui devono fare applicazione pende una q.l.c. – ordinanze di sospensione non accompagnate dal rinvio degli atti alla Corte, è stata severamente criticata in dottrina e ripresa dalla giurisprudenza di legittimità, anche a causa del forte pregiudizio per le parti interessate, cui è impedito di partecipare al processo costituzionale⁸⁰. Né sarebbe da trascurare l'eventualità che dall'applicazione della legge *sub iudicio* da parte della p.a. o nei rapporti fra privati discenda un rischio attuale di pregiudizio grave e irreparabile ai diritti, senza possibilità per i loro titolari di sottrarsi nell'immediato.

Senza dimenticare le potenzialità insite in strumenti già esistenti (si pensi solo – per la prima ipotesi affacciata – all'allargamento del contraddittorio nel giudizio costituzionale)⁸¹, potrebbe rivelarsi utile, forse, la previsione a favore della Corte di un *generale potere «cautelare»* di sospensione della legge con effetto *erga omnes*, da disporre nell'accertamento delle peculiari situazioni immaginate⁸².

Si tratta, come è ovvio, di una prospettiva *de jure condendo* non priva di rischi e ostacoli pratici, qui affacciata problematicamente⁸³. Ma essa avrebbe dalla sua l'importante precedente costituito dalla facoltà – attribuita alla Corte dalla legge La Loggia (art. 9, l. n. 131/2003) – di avvalersi, seppur nel diverso contesto dei giudizi in via d'azione, della sospensione dell'atto impugnato prevista fin dal 1953 (art. 40, legge n. 87/1953) per i conflitti intersoggettivi; il che può avvenire, fra l'altro, proprio per «il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini». Ora, poiché la causa legittimante la sospensione dell'efficacia della legge potrebbe essere anche «soltanto» quest'ultima – che, a ben vedere, prescinde dalle problematiche di alterazione del riparto di competenze, *normalmente* in gioco nel giudizio in via principale⁸⁴ – non si vede francamente il motivo per cui una tale facoltà non debba logicamente estendersi (con eventuali, opportuni adattamenti) pure al giudizio in via incidentale.

In ultimo, fra gli strumenti utilizzabili, non è assente dal dibattito fra gli studiosi l'ipotesi del *ricorso diretto* alla Corte costituzionale, che potrebbe essere introdotto nel nostro ordinamento sull'esempio, principalmente, delle esperienze messicana (e poi spagnola) dell'*amparo* e tedesca della *Verfassungsbeschwerde*. Senza essere pregiudizialmente contrari all'istituto in questione – ché, anzi, porterebbe ad un ampliamento delle forme di protezione dei diritti e, per diretta proporzionalità, ad un maggiore controllo sulla responsabilità dei pubblici poteri⁸⁵ – alcuni suoi vantaggi sembrano perseguibili già adesso attraverso il giudizio in via incidentale⁸⁶. In aggiunta, basti solo osservare che nei sistemi di giustizia costituzionale in cui è adottato il ricorso diretto, quasi ovunque è riconosciuto un potere cautelare di sospensione, per gravi motivi, dell'atto impugnato; la qual cosa, riportata in una cornice di «paragonabilità» fra ricorso diretto e giudizio incidentale, potrebbe costituire un ulteriore argomento per sostenere l'impiego della sospensione cautelare anche in quest'ultimo.

9. Avviandoci a tirare le somme del presente discorso, si possono pacificamente riconoscere dal punto di vista teorico-dogmatico almeno *due* forme di responsabilità del legislatore, le quali, a ben vedere, sono proprie di tutti gli Stati «costituzionali».

La prima forma di responsabilità è quella *politica*, che ricollega

l'atto finale del controllo (e dell'eventuale sanzione) a quello iniziale dell'investitura. Entrambi i momenti si esprimono mediante l'esercizio del voto, e riflettono l'istanza di *limitazione del potere «dal basso»* che va riportata alla più genuina essenza del principio democratico: appunto, condizionamento popolare dell'esercizio dell'autorità mediante selezione periodica dei governanti e, di conseguenza, controllo regolare del loro operato.

La seconda forma di responsabilità è di tipo *giuridico-costituzionale*, ossia deriva – come più volte osservato – dalla tipica collocazione della legge all'interno di un ordinamento a Costituzione rigida: la sua «relativizzazione» alla luce di un parametro più alto è la naturale conseguenza della subordinazione di ogni potere costituito, compreso il Parlamento, al potere costituente. Tale subordinazione, ovviamente, vale anche per il legislatore di revisione costituzionale, ma limitatamente ai principi fondamentali attinenti al c.d. «nucleo duro» della Costituzione, come ha bene messo in rilievo la nostra Corte costituzionale con la notissima sent. n. 1146/1988⁸⁷. Ciò corrisponde ad un'ulteriore istanza di *limitazione del potere*, questa volta «*dall'alto*», nel senso che discende dall'esistenza di un insieme di valori superiori considerati «indisponibili» per qualunque autorità; istanza praticamente realizzata con il riconoscimento del controllo di costituzionalità.

Proprio tale controllo, ci pare, può rivelarsi utile al fine di colmare la lacuna cui si faceva prima riferimento (§ 4). È infatti innegabile il ruolo che la giurisprudenza costituzionale ha svolto e continua a svolgere nella concreta affermazione dei valori costituzionali (anche inespressi), come fattore di *etero-integrazione giurisdizionale dell'ordinamento*⁸⁸. Per il caso della responsabilità del legislatore, la lacuna menzionata potrebbe ripianarsi – come visto – attraverso il ricorso ai principi costituzionali generali, anche alla luce delle norme esplicite relative agli altri poteri⁸⁹.

Dunque, *due* forme di responsabilità, dall'alto e dal basso, esattamente come *due* sono le fonti di legittimazione della Costituzione, sempre dall'alto e dal basso, negli ordinamenti costituzionali contemporanei⁹⁰.

Alla luce di tale *doppio controllo* (popolare e costituzionale), la responsabilità del legislatore «brucia», sostituendolo, il vecchio mito dell'onnipotenza del Parlamento. Oggi, paradossalmente, i Parlamenti possono davvero tramutare – s'intende: «giuridicamente»

– un uomo in donna e viceversa, ma fortunatamente non possono (più) far «tutto». Con buona pace del De Lolme e di una lunga tradizione politico-giuridica ormai tramontata.

In conclusione, l'affermazione di una *piena* responsabilità dello Stato per tutti gli atti d'imperio, comprese le leggi, riflette una concezione *evoluta* del diritto, espressione di un sentimento giuridico particolarmente *raffinato*¹. In tale contesto, la scienza giuridica non può sottrarsi all'opera di *de-mitizzazione* che si renda necessaria per smascherare le finzioni di cui il *potere* si serve, piegando dal suo lato il *diritto*, al fine di affermare su quest'ultimo la propria primazia.

Note

¹ *Mitologia giuridica*, in S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, rist. inalt. 1983, p. 129.

² V., ad esempio, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975⁹, p. 135.

³ Su tale evoluzione, cfr.: C. Mortati, *Istituzioni*, cit., p. 141; G. Treves, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», n. 3/1959, pp. 399 ss.; F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, in «Enc. dir.», X, Milano, 1962, pp. 885 e 897; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, pp. 21 e 38; E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 14; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004³, pp. 8 e 17.

⁴ H. Kelsen, *Über Staatsunrecht* (1913-1914), trad. it. a cura di A. Abignente, Napoli, 1988, pp. 120 ss., ma v. *passim*. Adirittura, lo stesso illecito costituisce – per la teoria kelseniana – più che una «violazione» del diritto, una delle sue forme di «attuazione», in quanto esso equivale al «riconoscimento» della norma che lo prevede come illecito e, di conseguenza, rende operativo il meccanismo automatico della sanzione: cfr. Id., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Wien, 1934), trad. it. di R. Treves, Torino, 1952, pp. 66 ss. e, in stretta aderenza, la nota teoria del «calcolo dei vizi» (*Fehlerkalkül*) di A. Merkl: cfr. *Die Lehre von der Rechtskraft* (Wien, 1923, spec. p. 293, poi ripresa sinteticamente in *Justizirrtum und Rechtswahrheit* (1925), trad. it. in Id., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Milano, 1987, pp. 343 ss.

⁵ Cfr. sul punto, anche per ulteriori esempi, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005².

⁶ Cfr. principalmente: C.F. von Gerber, *Über öffentliche Rechte* (Tübingen, 1852) e *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (Dresden, 1880³), trad. it. in Id., *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano, 1971, spec. pp. 43 ss., pp. 130 ss. e pp. 201 ss.; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Tübingen, 1905²), trad. it. a cura di V.E. Orlando, Milano, 1912; per una panoramica più generale, v. poi F. Pierandrei, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940. Le influenze di tale dottrina in Italia sono testimoniate dalla nota riflessione di S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in AA.VV., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1905, pp. 113 ss. In tempi più recenti, cfr. le utili ricostruzioni di: E. Casetta, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 791 ss. e A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, pp. 1 ss.

⁷ Si ricordi, per esempio, la nota formula dell'art. 16 della *Déclaration des droits*

de l'homme et du citoyen del 1789 («*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»). Sul punto, si richiama l'importante contributo di B. Mirkiné Guéztévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1931, nella definizione della Costituzione come «tecnica delle libertà». Per la dottrina nordamericana, sull'essenziale qualificazione della Costituzione come «legge superiore» in virtù del proprio contenuto e come strumento di «limitazione efficace» dell'azione di governo, cfr. rispettivamente: E.S. Corwin, *The «Higher Law». Background of American Constitutional Law* (1928-29), trad. it. a cura di S. Rosso Mazzinghi, Vicenza, s.d. e C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* (Boston, 1950), trad. it. a cura di M. Greco, Vicenza, s.d.

⁸ L'espressione è di L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali* (1998), in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2002², p. 19. Ma la dialettica «disponibilità/indisponibilità» può a ragione predicarsi per tutti i valori costituzionali: cfr. ora, in tal senso, L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, pp. 297 ss.

⁹ Per un approfondimento sulla tesi dell'auto-limitazione del «sovrano» nello Stato costituzionale contemporaneo, v. A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, *passim*, con sviluppi in Id., *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni «geometriche» dell'«albero» della Costituzione e un'unica, identica «clausola d'Ulisse»*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid, 2003, spec. pp. 186 ss. Sull'utilizzo della figura di Ulisse nell'ambito di una riflessione generale sulla teoria dei vincoli, v. part. J. Elster, *Ulysses unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constrains* (Cambridge, 2000), trad. it. di P. Palmiello, Bologna, 2004, spec. pp. 129 ss.

¹⁰ Cfr. spec.: F. Merusi, M. Clarich, sub Art. 28, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, pp. 356 ss.

¹¹ Secondo la nota proposta di C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione* (1951), in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, spec. pp. 106 ss., per il quale risultava determinante l'espressione «atti compiuti in violazione dei diritti».

¹² L'azione risarcitoria è condizionata al fatto che il magistrato abbia agito nell'esercizio delle sue funzioni «con dolo o colpa grave», ed è comunque esclusa per «l'attività di interpretazione di norme di diritto» e per la «valutazione del fatto e delle prove» (art. 2, I. cit.). Il regime così introdotto – non certo fra i migliori, secondo G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, pp. 215 ss., ma v. già le amare riflessioni sul tema di M. Cappelletti, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988, pp. VIII ss. – ha di fatto condotto ad un notevole restringimento delle possibilità di tutela dei diritti eventualmente pregiudicati. Anche per questo, esso è stato recentemente travolto da una pronuncia della Corte di Giustizia, che ha portato a completamento il percorso avviato con l'importantissima sent. Köbler (cit. più avanti, in nt. 57), di poco precedente, statuendo l'incompatibilità con il diritto comunitario di una disciplina siffatta: cfr. la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* del 13 giugno 2006, C-173/03, in «Foro it.», 2006, IV, pp. 417 ss., sulla quale v. le interessanti notazioni di A. Ferraro, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, in «Danno resp.», nn. 5-6/2007, pp. 520 ss. e 629 ss. In generale sull'argomento, v. L. Scotti, *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988 e, da ultimo, F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, spec. pp. 166 ss.

¹³ Dopo l'opportuna novella del '93, come si sa, non è più necessaria l'autorizzazione della camera di appartenenza per procedere a giudizio.

¹⁴ L'interpretazione della formula «esercizio delle loro funzioni» – come s'intende – è una questione cruciale, oggetto di valutazioni notevolmente oscillanti da parte della giurisprudenza costituzionale, la quale ha prodotto, ad alterni periodi, ora ad un restringimento ora ad un'estensione della sfera dell'immunità. La possibilità di far valere la responsabilità del parlamentare, già difficoltosa in passato, è divenuta oggi ancor più sfuggente e di ardua praticabilità a causa delle novità introdotte con la

legge di «attuazione» dell'art. 68 Cost., la n. 140/2003 (il c.d. «lodo Schifani»): essa, per le ristrettezze poste sia sul piano sostanziale che sul piano procedurale, *sbilancia* l'equilibrio fra libertà del parlamentare (protetta dall'immunità) e diritti dei terzi (garantiti invece dall'invocazione di responsabilità) con misure *ipergarantiste*. La disciplina in parola è comunque passata attraverso lo scrutinio di costituzionalità, venendo in parte dichiarata illegittima (sent. n. 24/2004) e in parte salvata da un'interpretazione adeguatrice rispetto ai punti consolidati nella più recente giurisprudenza (sentt. nn. 120/2004 e 163/2005): sul punto, v. l'accurata ricostruzione di E. Malfatti, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, a cura di R. Romboli, Torino, 2005, pp. 323 ss. Più in generale, cfr. nella letteratura più recente sull'argomento: M.C. Grisolia, *Immunità parlamentari e Costituzione*, Padova, 2000; AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, 2001; C. Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Milano, 2002; R. Romboli, *Lo scudo dell'immunità parlamentare nel conflitto tra magistratura e potere politico*, in AA.VV., *Diritto e potere nell'Italia di oggi*, a cura di A. Pizzorusso, E. Ripepe, R. Romboli, Torino, 2004, pp. 241 ss.; T.F. Giupponi, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005, pp. 174 ss.; L. D'Andrea, *La Corte di fronte alle prerogative parlamentari*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli, 2006, pp. 331 ss.

¹⁵ Per una dettagliata tipologia delle quali v. ancora, fra tutti, A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti*, cit., pp. 288 ss.

¹⁶ V. la coppia di sentenze costituzionali nn. 154/2004 e 290/2007. Per un preventivo dibattito sugli aspetti principali della vicenda, cfr. AA.VV., *Il «caso Cossiga». Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi, Torino, 2003.

¹⁷ Per la tesi che distingue nettamente la responsabilità *politica* come «altro» dalla responsabilità *giuridica*, v. G.U. Rescigno, *Responsabilità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1344; per la sostanziale confluenza della prima nella seconda, v. invece G. Pitruzzella, *Responsabilità politica*, in «Dig. disc. pubbl.», XIII, Torino, 1997, pp. 297 ss.

¹⁸ Poiché, secondo tale orientamento, il diritto valido si esaurisce nella conformità alle procedure stabilite per tradurre in comando normativo l'atto di volontà statale, senza alcuna considerazione dei suoi contenuti (tutti egualmente idonei ad essere assunti nella legge), la formula «Stato di diritto» si rivela una tautologia, vista la completa identificazione dei due termini: cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., spec. pp. 95 ss. e pp. 138 ss., ma v. *passim*. Significativo è, ancora, il fatto che l'idea centrale della formula in questione – ovvero, che lo Stato debba essere «sottoposto» al diritto – non si riteneva applicabile alla funzione legislativa, né poteva essere invocato dai privati per avanzare pretese giustiziabili nei confronti di quello: v., ad esempio, V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1920⁵, pp. 267 ss. e O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, pp. 142 e 151. Per la dottrina del tempo, comunque, alcuni primi cenni sono in C. Vitta, *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, in «Arch. giur.», n. 2/1934, pp. 178 ss.

¹⁹ T. Hobbes, *Leviathan*, London, 1651, parte II, cap. XXVI. La formula latina citata è stata, come noto, ampiamente ripresa da C. Schmitt con l'elaborazione del famoso «cristallo di Hobbes»: cfr. i saggi raccolti in C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, trad. it. a cura di G. Galli, Milano, 1986 nonché *Begriffe des Politischen* (1932), trad. it. in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, 1972, spec. p. 151. Sul punto specifico, v. poi l'analisi critica di A. Spadaro, *Contributo*, cit., pp. 395 ss. e, da ultimo, le interessanti riflessioni di G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005, pp. 56 ss., ma v. *passim*.

²⁰ J.-J. Rousseau, *Du contract social*, Amsterdam 1762, libro II, cap. VI.

²¹ R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, pp. 14 e 22 ss.

²² *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793) e *Zum ewigen Frieden. Eine philosophischer Entwurf* (1795), trad.

it. di G. Solari, G. Vidari, in I. Kant, *Scritti politici e di filosofia del diritto e della storia*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, 1965², rispettivamente pp. 237 ss. e pp. 283 ss.

²³ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993³, pp. 48 ss.; ma v., sul punto, le classiche riflessioni di C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Berlino, 1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, pp. 28 s., pp. 62 s. e pp. 90 ss.

²⁴ Sulla questione, v. da ultimo e per tutti: A. Saitta, *L'oscillazione del pendolo. Maggioranza e opposizioni nella democrazia costituzionale italiana*, Milano, 2005.

²⁵ Come criticamente annotava quasi un secolo fa L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, p. 555.

²⁶ Ulteriori approfondimenti in G. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 1993, p. 422, il quale osserva come l'interpretazione possa, in alcuni casi, *prevenire* la lacuna, in altri, *crearla*, ma comunque non possa mai tecnicamente *ripiararla*, essendo necessaria a tal fine la produzione/creazione di norme nuove.

²⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 125 ss. La distinzione – decisiva ai fini della tesi presa in esame – della sfera di attività umana in due aree, quella limitata dal diritto e quella lasciata libera (considerata «giuridicamente irrilevante»), è dovuta, come noto, particolarmente alla teoria del *rechtsleerer Raum* di K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, *Das Naturrecht den Gegenwart*, Leipzig, 1892, pp. 367 ss., ripresa in Italia da S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, pp. 173 ss. (ma v., in argomento, le considerazioni critiche di L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 263). È solo in parte diversa la tesi che ritiene lo «spazio giuridicamente libero» non irrilevante per il diritto, bensì disciplinato da una norma generale di esclusione inespresa (la quale, regolando una fattispecie, esclude da quel regime tutte le altre possibili) e quindi riconducibile al giuridicamente *permesso*, quale libertà «giuridica» e non di mero fatto: cfr. E. Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, pp. 17 ss. e, in Italia, D. Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, pp. 28 ss. (ora pure in Id., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, pp. 5 ss.).

²⁸ N. Bobbio, *Lacune del diritto* (1963), ora in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 96. Nel presente discorso non va però dimenticato che, in una prospettiva di stretto diritto costituzionale, la questione delle lacune può essere affrontata anche sotto la particolare visuale dello scarto o dislivello fra il piano della normazione costituzionale e quello della normazione ordinaria, come grandezze giuridiche diverse: lo rileva, ad esempio, D. Farias, *Idealità e indeterminazione dei principi costituzionali*, Milano, 1981, pp. 173 ss.

²⁹ Cfr. spec. Z. Ziemiński, *Les lacunes de la loi dans le système juridique polonais contemporain et les méthodes utilisées pour les combler*, in AA.VV., *Le problème des lacunes en droit*, a cura di Ch. Perelman, Bruxelles, 1968, pp. 132 s.; ma cfr. pure, criticamente, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 127 s. Di «intenzionale o involontaria omissione da parte del costituente delle norme procedurali necessarie allo svolgimento delle attività relative ad istituti da esso regolati» ha parlato, poi, C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 183, nt. 123.

³⁰ N. Bobbio, *Lacune*, cit., p. 98, secondo cui le lacune «tecniche» – definite anche lacune *intra legem* – sarebbero, in tal senso, soggettive e volontarie, ossia «volute intenzionalmente dal legislatore il quale in certe materie preferisce dare direttive di carattere generale e lasciare agli interpreti il compito di curarne l'applicazione specifica».

³¹ R. Guastini, *Lacune del diritto*, in «Dig. disc. priv./Sez. civ.», X, Torino, 1993, p. 270, che distingue chiaramente la lacuna «tecnica» dalla lacuna c.d. «istituzionale», di cui parla, ad esempio, S. Romano, *op. ult. cit.*, p. 181, quando ammette che il problema delle lacune, inesistente se riferito all'aspetto normativo dell'ordinamento, sarebbe in realtà presente se riportato al suo aspetto *istituzionale*, relativo cioè alla perdurante e concreta esistenza dei suoi organi e apparati indispensabili.

³² In questo senso, non si ricade nell'ambito delle lacune c.d. *assiologiche* o *ideologiche* – come mancanza della norma «giusta», o almeno ritenuta tale in base

ad un ordinamento superiore (ad esempio, il diritto naturale) – poiché il principio generale da svolgere, nel nostro caso, non appartiene ad un ordine meta-positivo, o comunque non appartiene soltanto a questo, ma è presente *anche sul piano dogmatico* nel nostro ordinamento.

³³ «I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente valido» (*unmittelbar geltendes Recht*). Non che la nostra Carta costituzionale sia priva di appigli in questo senso: potrebbe soccorrere, nel caso, un'adeguata interpretazione del *dovere di fedeltà* alla Repubblica imposto, unitamente all'osservanza della Costituzione e delle leggi, a «tutti i cittadini» dall'art. 54, e in particolare i doveri previsti da questa norma per i cittadini investiti di funzioni pubbliche. Sul punto, cfr. fra gli altri: L. Ventura, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, *passim* e, più di recente, A. Morelli, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi, M. Carino, E. Grosso, J. Luther, Torino, 2007, pp. 140 ss.; sul «giuramento», da una prospettiva di ampio respiro, v. poi P. Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, 1992. Per un esame della problematica qui assunta ad oggetto nell'esperienza tedesca del *legislatives Unrecht*, cfr.: R. Bifulco, *op. cit.*, pp. 135 ss. e M.P. Larné, *Spunti di comparazione fra i modelli tedesco, francese e spagnolo di responsabilità dello Stato: esiste una responsabilità del legislatore?*, intervento al presente seminario.

³⁴ Come asserisce C.F. von Gerber, *Grundzüge*, cit., p. 125, nt. 33.

³⁵ M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, pp. 115 s.

³⁶ In una concezione «forte» della Costituzione, come documento normativo *cogente* (e non mero *programma* di ideali politici), infatti, va da sé che la legge si muova all'interno di un recinto di possibilità definito – anche solo in via generale – dalle stesse norme costituzionali, e che la sua libertà tenda a spostarsi dai «fini» ai «mezzi». Ma, con ciò, non si deve giungere all'estremo opposto dell'intera «funzionalizzazione» dell'attività legislativa allo svolgimento della Costituzione, secondo la nota tesi di F. Modugno, *L'invalidità della legge*, I e II, Milano, 1970, rispettivamente pp. 148 ss. e pp. 343 ss. Sull'esistenza, invece, di un c.d. «spazio costituzionale *neutro*» – come ambito della realtà giuridica sottratto alla regolazione «diretta» da parte della Costituzione, ma comunque interessato dalla carica pervasiva dei principi costituzionali – v. part. A. Spadaro, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in «Quad. cost.», n. 3/1998, pp. 380 s. (*ivi*, ult. bibl.). Di «spazi vuoti di diritto costituzionale» ha parlato, poi, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988², p. 62 (ma v. pure p. 159), espressione ripresa anche nella giurisprudenza costituzionale: cfr. la sent. n. 172/1999. La questione – come si può facilmente intuire – è strettamente legata al tema dell'ambito della «discrezionalità legislativa» e del controllo su di essa da parte del giudice costituzionale: a favore dell'esistenza, nel caso, di un'attività legislativa *praeter constitutionem*, v. in particolare A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 84. Sull'estensione dello spazio «costituzionalmente normato» v., infine, V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, cui può essere raffrontata la diversa impostazione di A. Ruggeri, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in questa *Rivista*, n. 3/1996, pp. 343 ss.

³⁷ Al di là dei casi – non infrequenti e ben noti – di leggi provvedimento o, addirittura, di leggi che «fotografano» situazioni tanto dettagliate da essere determinabili già a monte (numerosi esempi sul punto sono in AA.VV., *Diritto e potere*, cit.), basti pensare, ad esempio, alle volte in cui il legislatore viola in modo intollerabile un diritto fondamentale, comprimendone proprio il c.d. «contenuto essenziale» (*Wesengehalt*).

³⁸ Parlando qui di responsabilità del legislatore, se ne assume un'accezione oggettivo-funzionale – ovvero relativa al tipo di atto (legge, statale o regionale, e atti equiparati) – e non soggettiva, riferita cioè all'organo competente (Parlamento, Consiglio regionale, Governo). Ora, è noto che gli atti *non* legislativi dell'organo «Parlamento» non possono

– per ripetuto insegnamento della Corte – essere impugnati nella sede del giudizio di legittimità, anche quando ridondano in lesioni di diritti fondamentali, mentre possono esserlo nella sede del conflitto di attribuzioni. Un particolare esempio è offerto dalle delibere con cui le Camere «coprono» con la veste dell'insindacabilità la dichiarazione offensiva di terzi resa dal parlamentare anche fuori dai contesti in cui opera la garanzia dell'«esercizio delle funzioni» ex art. 68 Cost. L'unica tutela, com'è noto, è nelle mani del giudice comune (cui il terzo si sia eventualmente rivolto), che può decidere se sollevare o meno il conflitto da menomazione di fronte alla Corte costituzionale. Nel caso di rifiuto, però, al soggetto leso nei suoi diritti non resta altra via che la tutela *sovrannazionale* apprestata dal ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo: ipotesi, com'è noto, concretamente verificatasi con l'*affaire Cordova* (conclusosi con due pronunce – del 30 gennaio 2003, *Cordova c. Italia*, ricc. 40877/98 e 45649/99 – di condanna dell'Italia per violazione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo), e, analogamente, con il caso *De Jorio* dell'anno successivo (decisione del 3 giugno 2004, *De Jorio c. Italia*, ric. 73936/01). Per molti versi simile è la situazione quando si determina quando, all'opposto, l'autorità giurisdizionale coinvolta sollevi il conflitto di attribuzioni ma la Corte lo dichiari infondato, con l'apprezzabile differenza che l'eventuale pronuncia del giudice europeo favorevole al ricorrente potrebbe suonare come una «sconfessione» della sentenza del giudice costituzionale nazionale: cfr., infatti, la decisione del 6 dicembre 2005, *Ielo c. Italia*, ric. 23053/02, in rapporto alla sent. cost. 417/1999 e, sulla vicenda, il commento di T.F. Giupponi, *Il «caso Ielo» in Europa: Strasburgo «condanna» la Corte italiana in materia di insindacabilità?*, in «Quad. cost.», n. 2/2006, pp. 381 ss. Più in generale, richiama l'attenzione sulla problematica accennata, con il consueto acume, A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in «Foro it.», 2003, V, p. 176.

³⁹ V., ad esempio: Cass., n. 10617/1996, in «Foro it.», 1996, I, pp. 503 ss. e n. 4915/2003, *ivi*, 2003, I, pp. 2015 ss. In particolare in quest'ultima si legge discutibilmente: «Nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, la Carta costituzionale regola la funzione legislativa, ripartendola tra il Governo e il Parlamento, quale espressione di potere politico, *libero cioè nei fini* e sottratto perciò a *qualsiasi* sindacato giurisdizionale. Ne consegue che in relazione all'esercizio di tale potere *non sono configurabili situazioni soggettive protette* dai singoli, onde deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo» (c.vi aggiunti). Un passo indietro di tale portata risulta certo preoccupante, soprattutto perché riguarda i rapporti fra il nostro ordinamento e l'ordinamento comunitario, la cui giurisprudenza già dall'inizio degli anni '90 aveva ammesso a certe condizioni, come vedremo, la responsabilità del legislatore nazionale per la lesione di diritti dovuta all'inattuazione di norme comunitarie. Fortunatamente, la medesima sezione del Supremo Collegio ha emesso, a distanza di un mese, una seconda pronuncia (n. 7630/2003, *loc. ult. cit.*), di segno opposto e maggiormente in linea con i precedenti giurisprudenziali sia interni che europei.

⁴⁰ Cfr.: F. Pierandrei, *La Costituzione e le sue norme di competenza* (1948), in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, II, Torino, 1964, pp. 3 ss. e G. Azzariti, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori* (1948), in Id., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, pp. 97 ss.

⁴¹ Un'accurata ricostruzione di tali vicende si trova ora in S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 17 ss. e pp. 41 ss.

⁴² Il riferimento è, ovviamente, a V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pp. 51 ss.

⁴³ V. sul punto, fra i molti: A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, pp. 1 ss.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino, 1994, pp. 79 ss.; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.

⁴⁴ Dopo la nota Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, dovrebbe esser irrilevante ai fini considerati nel testo la distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo.

⁴⁵ C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti ommissivi del legislatore*, in «Foro it.», 1970, V, pp. 153 ss.

⁴⁶ Ma v., in senso più problematico, R. Bifulco, *op. cit.*, pp. 144 ss.

⁴⁷ Non si dimentichi che una delle primissime decisioni in materia risale al noto caso *La Fleurette*, risolto dal *Conseil d'Etat* francese nel lontano 1938.

⁴⁸ In argomento: A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, nonché M.P. Larné, *Spunti di comparazione*, cit. Le differenze fra i vari ordinamenti si fanno particolarmente apprezzare sul punto concernente il problema della «colpa» del legislatore.

⁴⁹ È la notissima sentenza *Francoovich* del 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, in «Foro it.», 1992, IV, pp. 145 ss. Come giustamente notato da E. Calzolaio (*L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparata*, Milano, 2004, p. 4) la vera novità sta non tanto nel riconoscimento della responsabilità per inattuazione del diritto comunitario, ma nel «completamento» della protezione offerta dalla procedura di infrazione ai fini della tutela dei soggetti lesi.

⁵⁰ Ovvero: a) che il diritto sia attribuito dalla direttiva; b) che il suo contenuto sia individuabile sulla base della stessa; c) che esista il nesso causale fra inadempimento statale e lesione del diritto.

⁵¹ «In determinati casi, “taking *Francoovich* seriously” significa depoliticizzare il regime di responsabilità del legislatore, spogliandolo della sua funzione totemica di rappresentanza degli interessi nazionali»: così, A. Lazari, *Paradigma e logos: la responsabilità dello Stato legislatore e i destini dell'Europa*, in «Riv. dir. civ.», n. 1/2002, pp. 148 s.

⁵² Ossia: a) le condizioni che consentono di far valere la responsabilità non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle interne per azioni analoghe (*trattamento nazionale*); b) il risarcimento non deve in ogni caso esser reso praticamente impossibile o estremamente difficile da ottenere (*soglia minima di efficacia*).

⁵³ E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, reperibile sul sito www.unipr.it/arpa/dsgs/enrico_scoditti.htm.

⁵⁴ Sentenza *British Telecommunications* del 26 marzo 1996, C-392/93, in «Foro it.», 1996, IV, pp. 321 ss.

⁵⁵ Sentenza *Brasserie du pêcheur* del 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, in «Foro it.», 1996, IV, pp. 185 ss. In tale caso si è fatta applicazione dello schema, parzialmente diverso, già utilizzato per affermare la responsabilità extracontrattuale della Comunità *ex art.* 288 TCE.

⁵⁶ Sent. *Brasserie*, cit., spec. punto n. 34. L'avvicinamento, per l'aspetto considerato, del legislatore alla p.a. costituisce un episodio tutt'altro che isolato per l'esperienza giuridica italiana: basti rammentare soltanto l'estensione dall'atto amministrativo alla legge del concetto di «eccesso di potere», funzionale all'arricchimento del controllo di costituzionalità con l'emersione del vizio di irragionevolezza.

⁵⁷ Sentenza *Köbler* del 30 settembre 2003, C-224/01, in «Foro it.», 2004, IV, pp. 4 ss. e sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit. *supra*, in nt. 12.

⁵⁸ Sentenza 9 dicembre 2003, C-129/00, in «Foro it.», 2004, IV, pp. 482 ss. Ma v. pure l'importante affermazione contenuta nella decisione del Trib. Roma, 28 giugno 2001, in «Giur. merito», 2002, pp. 359 ss.

⁵⁹ Fenomeno giustamente valorizzato da A. Lazari, *Modelli e paradigmi*, cit., pp. 284 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁶⁰ Cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁶¹ È questa la prospettiva in cui si colloca, ad esempio, M. Ruotolo, *Legge, diritto comunitario e responsabilità civile dello Stato*, in AA.VV., *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, a cura di F. Modugno, Milano, 1999, pp. 377 ss.

⁶² «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa». Se ne v. un commento, relativo anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in F. Sundberg, *Art. 41. Equa soddisfazione*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*

e delle libertà fondamentali, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, pp. 661 ss.

⁶³ Cfr. M. Massa, *La responsabilità dello Stato per violazione del principio di affidamento. Le leggi retroattive sfavorevoli secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, intervento al presente seminario.

⁶⁴ Corte cost., sentt. nn. 307/1990, 118/1996, 27/1998, 226-423-522/2000, 38-476/2002, 461/2005.

⁶⁵ Per una recente disamina della problematica, sia consentito rinviare a C. Panzera, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito «circuito» di produzione normativa?)*, in «Dir. soc.», n. 3/2004, spec. pp. 320 ss.

⁶⁶ Si afferma nella sent. cost. n. 118/1996 che «la menomazione della salute derivante da trattamenti sanitari può determinare una di queste tre conseguenze: a) il diritto al risarcimento pieno del danno, riconosciuto dall'art. 2043 del codice civile, in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 della Costituzione in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia stato subito in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, a norma degli artt. 38 e 2 della Costituzione, a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, in tutti gli altri casi». Similmente, v. la sent. cost. n. 226/2000.

⁶⁷ Secondo A. Pizzorusso, *La responsabilità*, cit., p. 181, «non potrebbe pertanto incongruo uno sforzo interpretativo volto a costruire tale regola come espressione di un principio costituzionale non scritto, implicito in tutta una serie di disposizioni di rango costituzionale (nostro il c.v.o). Che il fondamento della responsabilità risieda nel principio romanistico di *neminem laedere* – quale criterio ampio non totalmente positivizzato – costantemente applicato, per mezzo del diritto comune, dal medioevo fino ad oggi, è convintamente asserito da F. Merusi, nelle sue *Conclusioni* al presente seminario.

⁶⁸ La violazione della norma parametro è sufficiente a qualificare il danno come «ingiusto», restando al giudice *a quo* da valutare il nesso di causalità, per R. Bifulco, *op. cit.*, pp. 115 ss.; rappresenta invece un elemento di valutazione non esclusivo rispetto all'accertamento dell'ingiustizia che spetta sempre e in ultima istanza al giudice comune, secondo A. Pizzorusso, *op. ult. cit.*, p. 183.

⁶⁹ Forte sul punto è l'influenza di H. Kelsen, *Über Staatsunrecht*, cit., p. 113: «Nel silenzio della legge, non può esser fatta valere una pretesa di risarcimento». In Italia, v. ad esempio G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958⁸, p. 349, il quale prende in esame il caso di una norma «che autorizzi il sacrificio di un diritto individuale, senza nulla disporre riguardo all'obbligo dell'indennità», per concludere che, in tale ipotesi, «l'indennità non sia dovuta e che la legge consideri il diritto pienamente subordinato all'interesse pubblico o che essa provveda con altro mezzo al regolamento dei rapporti fra l'amministrazione e il privato». Il problema del silenzio del legislatore sul riconoscimento di un ristoro è fra i primi affrontati nella riflessione della dottrina francese (Barthélemy, Scelle, Hauriou, Duguit) sul tema della responsabilità pubblica: cfr. R. Bifulco, *op. cit.*, pp. 27 ss. e A. Lazari, *Modelli e paradigmi*, cit., pp. 127 ss.

⁷⁰ In questo senso, ancora R. Bifulco, *op. cit.*, pp. 196 ss.

⁷¹ Si legge ancora nella sent. n. 118/1996: «La vaccinazione antipoliomielitica comporta infatti un rischio di contagio, prevenibile in astratto – perché statisticamente rilevato – ancorché in concreto non siano prevedibili i soggetti che saranno colpiti dall'evento dannoso. In questa situazione, la legge che impone l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate «scelte tragiche» del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). *L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri (...)* La coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della

disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un *equo ristoro del danno*: punti 4 e 5 del *considerato in diritto* (nostri i c.vi).

⁷² ...una «confutazione storica», secondo M. Cappelletti (*Giudici irresponsabili?*, cit., p. 18), della rigida logica per la quale ciò che *fa/crea* il diritto – si tratti di una legge come di una sentenza – non può per definizione essere *contra jus*.

⁷³ V. ad esempio A. Pizzorusso, *La responsabilità*, cit., pp. 176, 179 e 182.

⁷⁴ Ad esempio: *ex* Jugoslavia (art. 377, Cost. 1974), Portogallo (art. 283, Cost. 1976 emend. 1982), Brasile (art. 103.2, Cost. 1988), Venezuela (art. 336.7, Cost. 1999), ecc.

⁷⁵ Preziosi e completi riferimenti in argomento sono ora in AA.VV., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, a cura di M. Carbonell, Ciudad de México, 2003, *passim*.

⁷⁶ Cfr. G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in «Giur. cost.», 1981, pp. 1684 ss.

⁷⁷ Secondo R. Bifulco, *op. cit.*, p. 202, ciò sarebbe un'indiretta conferma dell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene necessaria la previsione esplicita *ex lege* dell'indennizzo per affermare la responsabilità in detti casi, non essendo mai fatto un cenno ad alcun principio generale dal quale dedurre l'effetto in questione. In realtà, sembra a chi scrive che si tratti piuttosto di una conseguenza del corretto bilanciamento fra valori che andava condotto nella fattispecie (per superare l'incostituzionalità della legge) e non, invece, la riprova che l'operare della responsabilità rientri nella «disponibilità» del legislatore, dipendendo cioè da una sua specifica scelta.

⁷⁸ Per una ricostruzione sul punto, sia consentito il rinvio (anche per ulteriore bibl.) a C. Panzera, *Sentenze «normative» della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo*, cit., spec. pp. 527 ss.

⁷⁹ L'ipotesi è prospettata, pur con qualche cautela, da A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, p. 135.

⁸⁰ Indicazioni in E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, p. 109.

⁸¹ Cfr., per tutti, AA.VV., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, a cura di V. Angiolini, Torino, 1998.

⁸² Illuminanti, come sempre, le considerazioni di M. Cappelletti, *La giurisdizione*, cit., pp. 9 ss.: «quale [sarà] l'efficacia di un eventuale accoglimento della domanda proposta (anni prima) in giudizio? Certo non un'efficacia *diretta*, ma solo se mai soddisfattoria o riparatoria, come è ben noto. Ma è proprio questa soddisfazione ottenuta in ritardo, e per via indiretta o per "equivalente", che è incompatibile con la natura stessa del diritto "fondamentale", perché questo è fondamentale per ciò appunto che il bene che ne costituisce l'oggetto è insostituibile con altri oggetti». Nel senso indicato nel testo si è espresso, fra gli altri, anche R. Romboli, *La prospettiva costituzionalistica*, in AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano, 2004, pp. 102 ss.

⁸³ Andrebbe, ad esempio, evitato un uso eccessivamente strumentale dell'istituto che travalichi nella *lis ficta*. Nel giudizio *a quo* dovrebbe quindi essere lamentata essenzialmente, anche se non esclusivamente, la violazione diretta e specifica da parte della legge di un diritto fondamentale.

⁸⁴ Diciamo «normalmente in gioco» proprio perché non possiamo ignorare che, quanto ai vizi denunciabili, la posizione dello Stato e delle Regioni non è ancora di vera e propria «parità delle armi» – secondo un'efficace immagine entrata nel linguaggio comune, ma che si deve a C. Salazar, *L'accesso al giudizio in via principale e la «parità delle armi» tra Stato e Regioni: qualche considerazione sul presente ed uno sguardo sul possibile futuro*, in AA.VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino, 2000, pp. 227 ss. – e che, quindi, non sempre vengono in rilievo *solo* questioni di rispetto delle competenze. Nonostante ciò, tuttavia, riteniamo che la proposta avanzata nel testo non perda la sua validità.

⁸⁵ Sempre M. Cappelletti, *La giurisdizione*, cit., pp. 11 ss. invitava a riflettere sul fatto che «certe leggi sono dotate di una loro forza costitutiva concreta attuale e personale» – definite dal chiaro A. *leggi autoapplicative* o *autoesecutive* – e sulla conseguenza che «contro la loro illegittimità costituzionale sembrano quindi, almeno in certi casi, inadeguati non solo il sistema incidentale e diffuso (...) ma anche quello dell'accertamento accentrato». Infatti «le leggi “autoesecutive” operano concretamente da sé sole, senza bisogno di un atto (la “norma individuale”) che le applichi: sicché il soggetto privato, per esser pienamente, effettivamente tutelato, dovrebbe contro quelle leggi dover agire in maniera diretta, senza bisogno di instaurare un primo processo-espedito, una *factio litis*». Questa – si continua – «sarà per lo più instaurabile solo in seguito all'esercizio del pericoloso (e discusso) diritto di resistenza, mentre invece un buon ordinamento costituzionale dovrebbe far tutto il possibile – come infatti accade (...) attraverso il ricorso costituzionale – per trasformare il diritto di resistenza, che è una sorta di diritto di autotutela ossia di tutela “parziale”, nel diritto alla tutela giurisdizionale cioè ad una tutela “imparziale”». Per il dibattito in Italia, v. riassuntivamente: AA.VV., *Prospettive di accesso*, cit.: in particolare, i contributi di S. Panizza, J. Luther, R. Romboli (sul ricorso diretto dei singoli) e di M. Manetti, G. Brunelli, F. Rigano, G. Guzzetta (sul ricorso diretto delle collettività).

⁸⁶ Come riconosciuto, a distanza di tempo, anche dallo stesso M. Cappelletti: cfr. *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, pp. 31 ss.

⁸⁷ Sull'esistenza, anche logica, di un nucleo totalmente «irreversionabile» in ogni Costituzione – accanto ad un nucleo solo parzialmente reversionabile e ad uno pienamente reversionabile – v. part. A. Spadaro, *Dalla Costituzione come «atto»*, cit., pp. 362 ss. Oggi, il dato è largamente riconosciuto in dottrina: cfr., ancora di recente, AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006.

⁸⁸ Il termine non è evidentemente inteso, qui, nell'accezione tradizionale – per la quale v., fra tutti, F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946², pp. 83 ss., ma anche N. Bobbio, *Lacune*, cit., pp. 99 ss. – di completamento dell'ordinamento positivo mediante il ricorso ad elementi «esterni» allo stesso (ad esempio, il diritto naturale o l'equità), in contrapposizione al metodo analogico o alla ricerca di principi integrativi «interni» (c.d. *auto-integrazione*). Piuttosto, il termine usato nel testo fa sempre riferimento ad un'attività di integrazione normativa svolta, però, da un organo non omogeneo, per natura e funzioni, a quello che normalmente produce le norme costitutive il diritto oggettivo, e quindi non appartenente al circuito decisionale «politico» degli organi legislativi.

⁸⁹ Altri modi di colmare le lacune sono classicamente individuati nell'*analogia* e nell'uso «produttivo» dell'*argumentum a contrario*: cfr. sul punto R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 424 ss.

⁹⁰ Cfr. ancora A. Spadaro, *Contributo*, cit., p. 143, ma v. *passim*, con un'evoluzione in Id., *Sulle tre forme di «legittimazione» (scientifica, costituzionale e democratica) nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2006, pp. 569 ss.

⁹¹ Ne è consapevole perfino H. Kelsen, *Über Staatsunrecht*, cit., p. 126.

