

FASCICOLO 1|2010

SICUREZZA E LIBERTÀ

SULLA TEORIA COSTITUZIONALE

Diritti e garanzie nel riaffiorare dei modelli autoritari\*

DI LORENZA CARLASSARE

I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?\*

DI ALESSANDRO PACE

COSTITUZIONALISMO ALLA PROVA

Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto\*

DI ALESSANDRA ALGOSTINO

Immigrazione e politiche migratorie nell'era berlusconiana

DI ENRICO PUGLIESE

A mezzanotte va la ronda .... Osservazioni in tema di sicurezza attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 226 del 2010

DI GIANLUCA BASCHERINI

COMMENTI

Neolingua costituzionale, governo dell'Amore e paranoia politica

DI LUCIANO PATRUNO

Forma e sostanza nel diritto. A proposito del decreto legge n. 29 del 2010

DI GAETANO AZZARITI

La responsabilità politica dell'attivismo giudiziario. Aspetti teorico-pratici dell'esperienza brasiliana

DI ROGÉRIO GESTA LEAL

Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno

DI CHIARA TRIPODINA

Sulle spalle dei giganti Costituente: esame di coscienza

DI MARIO NIGRO

15 MARZO 2010

## Forma e sostanza nel diritto. A proposito del decreto legge n. 29 del 2010

DI GAETANO AZZARITI

19415 battute [PDF](#)

Nessuno credo possa negare che il decreto-legge n. 29 del 2010 (cosiddetto *salva liste*) è stato adottato in una situazione di forte tensione politica, che rischiava - e ancora rischia - di degenerare e uscire fuori controllo. Appare evidente, inoltre, che lo svolgimento di elezioni amministrative regionali che non veda la partecipazione di tutte le formazioni politiche, e in particolare non veda la lista espressione diretta del partito più votato a livello nazionale, rappresenta una lesione al diritto politico di elettorato attivo (non invece del tutto di quello passivo, come preciserò tra un attimo), e in sostanza si traduce in un più generale *vulnus* all'ordinamento democratico-rappresentativo. Mi sembra necessario però aggiungere che questa considerazione - spesso minacciosamente ripetuta - non può andare disgiunta dalla indicazione dei responsabili che hanno determinato questa situazione di fatto; di chi cioè ha prodotto la lesione lamentata o il *vulnus* denunciato. E questi sono certamente coloro che non hanno rispettato quanto è chiaramente scritto nelle leggi - sia statali sia regionali - circa il termine di presentazione delle liste. Per questo il diritto di elettorato passivo, in fondo, più che essere stato negato, è stato non esercitato; almeno per quella parte che spetta alle formazioni politiche, mentre per la parte che spetta ai singoli candidati è stato sì conculcato, ma dai delegati alla presentazione delle liste. Del che quest'ultimi dovrebbero rispondere in sede civile, oltre che politica.

[Continua su PDF](#)

15 marzo 2010

## Forma e sostanza nel diritto. A proposito del decreto legge n. 29 del 2010

di Gaetano Azzariti

Nessuno credo possa negare che il decreto-legge n. 29 del 2010 (cosiddetto salva liste) è stato adottato in una situazione di forte tensione politica, che rischiava - e ancora rischia - di degenerare e uscire fuori controllo. Appare evidente, inoltre, che lo svolgimento di elezioni amministrative regionali che non veda la partecipazione di tutte le formazioni politiche, e in particolare non veda la lista espressione diretta del partito più votato a livello nazionale, rappresenta una lesione al diritto politico di elettorato attivo (non invece del tutto di quello passivo, come preciserò tra un attimo), e in sostanza si traduce in un più generale *vulnus* all'ordinamento democratico-rappresentativo. Mi sembra necessario però aggiungere che questa considerazione - spesso minacciosamente ripetuta - non può andare disgiunta dalla indicazione dei responsabili che hanno determinato questa situazione di fatto; di chi cioè ha prodotto la lesione lamentata o il *vulnus* denunciato. E questi sono certamente coloro che non hanno rispettato quanto è chiaramente scritto nelle leggi - sia statali sia regionali - circa il termine di presentazione delle liste. Per questo il diritto di elettorato passivo, in fondo, più che essere stato negato, è stato non esercitato; almeno per quella parte che spetta alle formazioni politiche, mentre per la parte che spetta ai singoli candidati è stato sì conculcato, ma dai delegati alla presentazione delle liste. Del che quest'ultimi dovrebbero rispondere in sede civile, oltre che politica.

In ogni caso, di fronte alla situazione critica che si è venuta da determinare alcuni hanno ritenuto ci si dovesse preoccupare esclusivamente della sostanza politica a scapito di ogni rispetto delle questioni ritenute meramente formali, ma che in realtà coinvolgevano appieno la ragion d'essere giuridica. Si è proposta, insomma, l'alternativa della sostanza contro la forma, come inconciliabile sfida tra la politica e il diritto.

Il decreto-legge a me sembra figlio di questo clima, che non esito a definire isterico.

Personalmente penso che al giurista aspetti guardare tanto alla sostanza quanto alla forma, alle ragioni di fondo che si pongono alla base di questa intricata vicenda, dal punto di vista del diritto, s'intende; ma non per questo, io credo, in necessario antagonismo con le ragioni proprie della politica.

Da questo specifico punto di vista il mio giudizio sul decreto legge non è affatto positivo; anzi a me sembra esso rifletta - al di là del contingente – una più ampia crisi di sistema e una preoccupante tensione che coinvolge l'intero ordinamento costituzionale.

Cercherò di sintetizzare gli argomenti che sostengono questo mio giudizio in cinque punti, i cui titoli potrebbero essere:

- 1) la perdita di senso delle parole;
- 2) la caduta di fiducia nella giurisdizione;
- 3) la fragilità dei controlli costituzionali;
- 4) il venir meno del rispetto dello spirito delle leggi e della costituzione;
- 5) la filosofia del male minore ovvero le vie d'uscita non perseguite.

La perdita di senso delle parole

Iniziamo dal primo punto, la perdita di senso delle parole. È questo il rischio più grave per il giurista, poiché di parole è fatta la sua scienza e se si rimane senza parole – privati del loro chiaro significato - non si può più sperare di fondare i rapporti politici e sociali sulle sue regole. E il diritto muore.

Il decreto-legge, come è noto, è presentato come norma di natura interpretativa e non invece innovativa. Ora, a me non sembra che le parole utilizzate corrispondano al loro senso.

Vero è che la categoria delle leggi interpretative è sfuggente e discussa in dottrina, ma è anche vero che la Corte costituzionale ha chiaramente indicato che la funzione dell'interpretazione autentica è quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili con il tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative, sia per rimediare alle interpretazioni giurisprudenziali divergenti (tra le tante vedi le sentenze 155 del 1990, 163 del 1991, 413 del 1988, 397 del 1994, ma, analogamente, anche Consiglio di Stato, sezione IV, n. 7516 del 2003).

Alla luce di queste non equivoche indicazioni può forse dirsi che il primo comma dell'articolo 1 del decreto nella parte in cui ammette il ricorso immediato al giudice amministrativo contro le decisioni dell'ufficio elettorale ha natura interpretativa, poiché in effetti è dato riscontrare una possibile divergenza nella giurisprudenza: quella del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 10 del 2005 (contrastata da altra giurisprudenza e in particolare da quella della Corte costituzionale, sentenza 90 del 2009) che sembra escludere l'impugnabilità immediata, ammettendo i ricorsi contro gli atti lesivi

del procedimento elettorale solo dopo la proclamazione degli eletti.

A tutto concedere può, al limite, ritenersi di natura interpretativa anche il secondo comma dell'articolo 1, che nega rilievo a irregolarità riferibili alle sottoscrizioni delle liste e riduce le formalità richieste, chiarendo così - potrebbe dirsi - il senso di norme preesistenti. Sebbene, in questo caso, si sarebbe dovuto considerare che la chiarificazione della norma in esame è già contenuta nel testo unico in materia di documentazione amministrativa (DPR n. 445 del 28 dicembre 2000), e che quest'ultima previsione impone soluzioni diverse da quelle ora proposte. Dunque il carattere meramente interpretativo rispetto a questa norma mi pare ardua da sostenere.

Ma ciò che decisamente non mi sembra possa essere sostenuto - se si vuol continuare a dare senso alle parole - è la natura meramente interpretativa del primo comma dell'articolo 1.

Ritenere, infatti, che il rispetto del termine orario sia assolto non tramite l'atto di "presentazione delle liste", bensì in base alla mera circostanza di avere fatto ingresso nei locali del tribunale (ampi e labirintici nel caso specifico di Roma) appare non solo norma stravagante (e come poi si è visto del tutto inidonea allo scopo), ma certamente di nuovo conio; non certo implicita nella normazione preesistente. Né può dirsi che di questa fantasiosa interpretazione vi sia traccia di orientamenti precedenti, né, in realtà, si è mai registrato sul punto un contrasto giurisprudenziale.

D'altronde, la vera finalità della norma e la sua portata innovativa sono apertamente confessate dal quarto comma dello stesso articolo 1, che stabilisce l'applicabilità della nuova previsione alle procedure già concluse e che avevano portato all'esclusione delle liste laziali e lombarde. La nuova normativa interviene dunque al fine esplicito di riaprire i termini e tentare di sanare le irregolarità commesse.

La Corte costituzionale ha anche stabilito con riferimento alle norme "interpretative" (ma non solo con riferimento a questo tipo di norme) che gli effetti retroattivi dell'interpretazione possono essere tollerati ma solo nei limiti di cui non incidono sul giudicato o non siano intenzionalmente dirette ad incidere sui concreti giudizi in corso per determinarne gli esiti (sentenze 397 del 1994; 15 del 1995). Nel nostro caso il decreto-legge non è intervenuto su cosa giudicata, ma alla vigilia di una serie di giudizi sulle medesime vicende, con l'esplicita intenzione di interferire con i processi in corso. È del Ministro degli interni Maroni l'affermazione secondo la quale con il decreto "si è data una interpretazione autentica affinché il Tar possa applicare la legge in modo corretto", nonché l'infausta previsione del Ministro della difesa La Russa che ora (dopo il decreto) "i Tar non potranno più darci torto".

La caduta di fiducia nella giurisdizione

È questo è il secondo punto che volevo sollevare. Possibile che non si potesse attendere

che i giudici svolgessero i loro accertamenti prima di intervenire per farli decidere secondo quanto voluto dal Governo?

Si badi che da lì a poche ore, il Tar lombardo riammetterà il listino di Formigoni, ritenendo superfluo - anzi non considerando proprio - il decreto legge del Governo. Dando dunque - può dirsi - soddisfazione alle tesi del Governo, senza bisogno di essere sollecitato in tale direzione.

Mentre - come è noto - il pasticcio laziale e l'ingiustificabile comportamento dei delegati del partito che non hanno rispettato i termini di legge non ha trovato nessun giudice (degli otto che si sono pronunciati sulla vicenda) disposto a dar ragione alle tesi del Governo, prima o dopo il decreto.

C'è da chiedersi se ne sia valsa la pena, se non sarebbe stato meglio attendere le pronunce dei giudici, che, ad essere sinceri, hanno guardato alla sostanza oltre che alla forma, riammettendo il listino Formigoni (ma anche quello Polverini nel Lazio), superando le irregolarità formali pur se riscontrate, là dove era possibile. Evitando così la più grave ripercussione politica che si sarebbero realizzata se non si fosse ammessa, non una singola lista, bensì un'intera collezione, impossibilitata a presentarsi come tale alle elezioni a seguito della esclusione del "listino" cui tutte le altre liste erano collegate.

Attendere con fiducia le sentenze del Tar avrebbe perlomeno ridotto la tensione: risolto il problema lombardo, ci si sarebbe potuti concentrare sul pasticcio romano con maggiore consapevolezza, anche dei termini giuridici e costituzionali del problema. Avere voluto seguire la strada della decretazione d'urgenza è apparsa invece una forzatura, tanto giuridicamente inefficace quanto politicamente inopportuna. Ponendo gravi questioni di costituzionalità tuttora irrisolte.

La fragilità dei controlli costituzionali

Affrontando allora le questioni più esplicitamente costituzionali vorrei anzitutto dire qualcosa sulla spinosissima questione dei controlli presidenziali.

Non certo per, anch'io, andare a sindacare l'operato di Napolitano che ha ritenuto di potere emanare il decreto legge nel legittimo esercizio dei suoi poteri presidenziali.

D'altronde, i confini del potere di controllo in sede di emanazione degli atti del Governo - dei decreti legge in specie - sono così sfumati e controversi che ogni giudizio sull'operato del Presidente rischia di diventare improprio; se non irresponsabile quando trasforma l'eventuale legittima discussione sull'operato presidenziale, in accuse infondate di comportamenti "illegittimi" o "colpevoli", chiamando in causa una responsabilità presidenziale che, invece, la nostra costituzione espressamente esclude ex articolo 90.

Quel che a me sembra più significativo è, invece, la fragilità che in questo caso hanno

mostrato i controlli costituzionali.

Basta leggere l'esternazione irrituale con cui il Presidente ha ritenuto di dovere accompagnare la firma del decreto, rispondendo a due cittadini sul sito del Quirinale.

Non ha nascosto Napolitano le tensioni, manifestatesi in un primo rifiuto di emanazione, né il fatto che la sua successiva firma è stata determinata dall'impossibilità di risolvere altrimenti la "vicenda molto spinosa", " i grandi contrasti e le divisioni", "l'acuirsi delle tensioni politiche istituzionali". La firma del Presidente sembra dunque sia stata posta per ovviare alla mancanza di un "effettivo senso di responsabilità che dovrebbe consigliare a tutti i soggetti politici e istituzionali di non rivolgersi al capo dello Stato con aspettative e pretese improprie, e a chi governa di rispettarne costantemente le funzioni e i poteri".

La scelta di firmare il decreto legge - al di là di ogni valutazione di merito - è stata dunque sofferta, assunta, se non per stato di necessità, in una situazione comunque allarmante in cui i suoi poteri si sono rivelati fragili di fronte alla conflittualità politica e sociale.

Il venir meno del rispetto dello spirito delle leggi e della costituzione

Ma lasciamo il Presidente e vediamo perché - a mio modo di vedere - questo decreto mostra di porsi in contrasto non solo con la costituzione, ma anche con lo spirito della legge. E iniziano proprio dallo spirito più che dalla lettera della legge. Come è noto, in materia elettorale la dottrina costituzionalista più rigorosa ha sempre ritenuto fosse precluso l'intervento del Governo e l'uso di decreti legge, per ragioni sostanziali (non formali) legate alle garanzie dei diversi competitori politici e ai diritti politici delle minoranze.

In modo esplicito questo divieto è stato scritto dalla legge 400 del 1988, all'articolo 15, con un rinvio ai casi indicati all'ultimo comma dell'articolo 72 della costituzione.

Ora è vero che questa norma in passato è stata spesso derogata e vi sono molteplici decreti legge in materia elettorale, a partire dal decreto legge sulla par-condicio, che ha trovato l'avallo della stessa Corte costituzionale, sebbene con riferimento espresso alle campagne referendarie e non invece a quelle elettorali (sentenza 161 del 1995); ed è anche vero che dal punto di vista formale può ben sostenersi che la legge 400 essendo una legge ordinaria non ha di per sé la forza normativa per poter vincolare il legislatore futuro, neppure il Governo se adotta atti aventi forza di legge, come è il decreto-legge. Si dimentica, però, in tutti questi casi, la ragione sostanziale del rinvio contenuto della legge ordinaria numero 400 al quarto comma dell'articolo 72 della costituzione.

Quest'ultimo articolo fissa la riserva d'assemblea per atti di competenza esclusiva delle camere (per le leggi costituzionali, la delegazione legislativa, l'autorizzazione a ratificare trattati internazionali, l'approvazione di bilanci consuntivi, oltre alla materia elettorale). Se sono solo le camere con procedura ordinaria che possono intervenire su predette materie

ne consegue che è da rinvenire direttamente nella costituzione il divieto di decreti legge su ognuna di queste materie. Se si pensasse altrimenti apriremo irresponsabilmente la strada alla ammissibilità costituzionale di decreti legge per cambiare la costituzione, ratificare trattati internazionali, approvare i bilanci da parte del Governo stesso, auto-delegarsi esso stesso direttamente la legislazione.

Insomma, sebbene questo decreto legge in materia elettorale abbia diversi precedenti, ciò non di meno non poteva essere fatto se solo il diritto fosse preso sul serio.

Se quella della violazione dell'ultimo comma dell'articolo 72 può considerarsi una questione controversa, perché di natura interpretativa, un'altra violazione appare invece palese e non più dello spirito, ma direttamente nella lettera della costituzione.

L'articolo 122 assegna alle Regioni la competenza ripartita sui sistemi di elezione dei consigli regionali. Tant'è che lo Stato ne ha dato un'attuazione generale con la legge 165 del 2004, che la Corte ha espressamente riconosciuto che "la potestà legislativa in tema di elezione dei Consigli regionali spetta ormai alle regioni" (sentenza 196 del 2003); che la Regione Lazio - assieme a diverse altre - ha adottato una sua propria legge sul sistema elettorale (2 del 2005) e che dunque deve ritenersi esaurita l'efficacia della legge statale che in virtù del principio di continuità può essere conservata, ma solo - avverte ancora la Corte - sino a quando non venga sostituita da legge regionale.

La circostanza che la legge regionale 2 del 2005 recepisca, con la tecnica del rinvio fisso o materiale, "fatto salvo quanto diversamente previsto" (non limitandosi dunque a richiamare l'intera fonte statale e le sue successive modifiche: il che porta ad escludere si tratti di un rinvio mobile o formale), il contenuto della legge statale 108 del 1968 non mi sembra possa giustificare una pretesa da parte dello Stato, o del Governo con decreto-legge, di potere ancora disporre in materia.

Sul punto è stato promosso ricorso dinanzi alla Corte costituzionale dalla Regione Lazio. Nel merito la questione verrà discussa dopo lo svolgimento delle elezioni regionali per il quale il decreto legge è stato emanato (e sempre che esso venga nel frattempo convertito in legge, da un Parlamento che potrà valutare le esigenze di conservare e rendere stabili le previsioni contenute nel decreto una volta sostanzialmente esaurite le specifiche ragioni di "straordinaria necessità ed urgenza" e in una situazione di fatto mutata). Vedremo che dirà la Corte.

La filosofia del male minore ovvero le vie d'uscita non perseguite

Vorrei accennare a un'ultima questione. Si è sostenuto che, nonostante tutto, nonostante i suoi difetti gravi e palesi, questo decreto-legge rappresenti il male minore per uscire da una situazione drammatica che non era possibile superare in altro modo. A me non pare.

Anche volendo porsi nella prospettiva del male minore, da intendersi come la necessaria

soluzione del pasticcio compiuto da chi non ha consegnato per tempo le liste, garantendo comunque la più ampia corrispondenza nella manifestazione della volontà popolare e l'espressione del diritto politico di elettorato attivo e passivo, io credo che almeno un passaggio non poteva essere omesso.

Tanto più in una situazione come quella denunciata da capo dello Stato di perdita di senso di responsabilità, cui invece dovevano (e devono) essere sollecitati "tutti i soggetti politici istituzionali".

Il passaggio necessario è quello parlamentare. E' questo il luogo in cui le forze politiche si assumono - ciascuno per proprio conto e direttamente - le responsabilità politiche. Tanto più in passaggi drammatici della vita politica del paese. Il fatto che si sia consumato tutto nel chiuso delle stanze o dei palazzi - al più dinanzi alle telecamere e in base a battute o slogan d'effetto ma irriflessivi - per poi forzare nottetempo la mano con un decreto, mi sembra sia stato il male peggiore.

Male minore sarebbe stato se, di giorno, alla luce del sole, nel luogo deputato alla discussione e sede del libero confronto politico si fossero ascoltate le opinioni di tutti per verificarne la consistenza, perché ciascuno si assumesse le proprie responsabilità dinanzi al corpo elettorale.

Io penso che forse solo lì, in Parlamento, il senso di responsabilità dei soggetti politici istituzionali potesse ancora aleggiare e magari si sarebbe potuto trovare una soluzione al pasticcio, da tutti condivisa e accettata.

Chessò: in accordo e nel segno della leale collaborazione con la Regione Lazio, un rinvio delle elezioni effettuata da parte del Presidente facente funzioni della Regione interessata e - a quel punto naturalmente - la riapertura dei termini per la presentazione delle liste.

Questo poteva considerarsi il male minore per chi crede nella sopravvivenza delle regole e della centralità del Parlamento quale sede di espressione della sovranità popolare. Una prospettiva mai presa seriamente in considerazione, forse perché non sono rimasti in molti a credere nella forza della superiore legalità costituzionale.