

QUADERNI COSTITUZIONALI

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO COSTITUZIONALE

4/2007

ISSN 0392-6664

Grafica: Alberto Bernini

STUDI E RICERCHE

Antonio Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*
Andrea Pugiotto, *Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza*
Marco Dani, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*

NOTE E COMMENTI

LETTURE E RILETTURE

RASSEGNE E CRONACHE

ISBN 978-88-15-11756-4



9 788815 117564

Poste Italiane s.p.a. - Sped. in abb. post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, c. 1, DCB Bologna.
In caso di mancato recapito rinviare al CMP di Bologna per la restituzione al mittente previo pagamento dei resi.

il Mulino

QUADERNI COSTITUZIONALI

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO COSTITUZIONALE

4/2007

 il Mulino

€ 24,00


Riviste
web



www.mulino.it/rivisteweb

Rivisteweb è l'archivio elettronico delle riviste del Mulino, per le quali:

- *gli enti* (istituzioni, società o biblioteche) possono sottoscrivere un **abbonamento integrato carta + on line**, che consente di avere accesso anche in rete all'annata per la quale si è sottoscritto un abbonamento cartaceo e - come *bonus* - all'archivio di quella precedente;
- *tutti* possono **acquistare on line i singoli articoli delle annate arretrate** dal 1997.

Le riviste comprese in **Rivisteweb** sono segnalate nei cataloghi e nel sito con il simbolo 

«**QUADERNI COSTITUZIONALI**»

esce quattro volte l'anno.

I prezzi per il 2007 sono i seguenti:

- un fascicolo costa € 24,00
- abbonamento annuo solo carta:
per l'Italia, € 96,00 (€ 68,00 privati)
per l'estero, € 126,00 (€ 95,00 privati)
- abbonamento annuo carta + on line
(solo per enti e società):
per l'Italia, € 123,00
per l'estero, € 153,00
- i fascicoli delle annate arretrate costano € 32,00

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi alla Società editrice il Mulino
Strada Maggiore 37
40125 Bologna
tel. 051 256011 - fax 051 256041
diffusione@mulino.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

- versamento su conto corrente postale n. 15932403
- assegno bancario non trasferibile intestato alla Società editrice il Mulino
- carta di credito (Visa/Mastercard o American Express)

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati.

Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. I fascicoli non pervenuti devono essere reclamati esclusivamente entro 30 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo. Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Gli abbonati a «**QUADERNI COSTITUZIONALI**» godono di uno sconto del 10% su tutti i volumi pubblicati dal Mulino, indirizzando l'ordine direttamente all'editore e precisando la situazione di abbonato. La rivista è in vendita nelle principali librerie italiane.

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Bologna.

Quaderni costituzionali

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO COSTITUZIONALE

DIRETTORE

Augusto Barbera

COMITATO DI DIREZIONE

Enzo Balboni, Roberto Bin, Marta Cartabia, Carlo Fusaro, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Nicolò Zanon

COMITATO SCIENTIFICO

Giuliano Amato, Sergio Bartole, Enzo Cheli, Leopoldo Elia, Fulco Lancaster, Andrea Manzella, Valerio Onida, Rosanna Tosi, Gustavo Zagrebelsky

REDAZIONE

Cronache dall'Italia e dal Parlamento

Leopoldo Elia (coordinatore), Claudia Di Andrea

Cronache dall'estero

Carlo Fusaro (coordinatore), Stefano Ceccanti, Caterina Filippini, Justin Frosini, Francesco Palermo, Angelo Rinella, Roberto Scarciglia, Luca Stroppiana, Jens Woelk

Cronache dal Forum

Filippo Benelli

Osservatorio sull'Unione europea

Marta Cartabia (coordinatore), Elisabetta Crivelli, Maria Elena Gennusa, Elisabetta Lamarque, Luisa Marin, Claudio Martinelli, Stefania Ninatti, Barbara Randazzo, Diletta Tega, Giulia Tiberi, Giulio Vigevani

Taccuino della giurisprudenza costituzionale

Andrea Pugiotto (coordinatore), Andrea Ambrosi, Filippo Benelli, Chiara Bergonzini, Fabio Corvaja, Angela Cossiri, Andrea Guazzarotti, Michele Magrini, Cesare Mainardi, Michele Massa, Paolo Veronesi

REDAZIONE DEL FORUM ON LINE

http: www.forumcostituzionale.it

Roberto Bin (coordinatore), Tommaso F. Giupponi

e-mail: tommaso.giupponi@mulino.it

COORDINATORE DELLE ATTIVITÀ REDAZIONALI

Andrea Morrone

e-mail: andrea.morrone@mulino.it

DIREZIONE E REDAZIONE

Presso Società editrice il Mulino
Strada Maggiore 37, 40125 Bologna
Tel. 051/256011 – fax 051-256034

Responsabile: Augusto Barbera. Registrato al n. 4893 presso il Tribunale Civile Penale di Bologna, il 3-4-1981. Stampa: Litosei, Rastignano (Bo), con i tipi del Centro Immagine, Capannori (Lu). Copyright © 2007 by Società editrice Il Mulino, Bologna.

Quaderni costituzionali

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO COSTITUZIONALE

Anno XXVII, numero 4, dicembre 2007

studi e ricerche

<i>Antonio Ruggeri</i>	Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione	751
<i>Andrea Pugiotto</i>	Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza	769
<i>Marco Dani</i>	Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione	795

note e commenti

COMMENTI

<i>Alessandra Concaro</i>	La Corte costituzionale e il decreto-legge privo dei presupposti di necessità ed urgenza	831
<i>Giuseppe Di Federico</i>	Riforma dell'Ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria	834
<i>Michele Ainis</i>	Se la casa è un diritto	837
<i>Roberto Alesse</i>	Quando i «dico» non trovano «pacs»	838
<i>Marco Croce</i>	Della violazione della Costituzione tramite ordinanze ministeriali (con la collaborazione del Consiglio di Stato): il caso dell'ora di religione	841
<i>Andrea Guazzarotti</i>	Nuove intese con le minoranze religiose e abuso della normazione simbolica	845

Studi e ricerche

a una disciplina precaria e provvisoria, trova la propria ragion d'essere nell'esistenza di un decreto da convertire, cui risulta indissolubilmente legata. Tale peculiarità si manifesta sia nel contenuto della legge di conversione, che rappresenta un *unicum* con il decreto, sia nei tempi e nelle speciali procedure che sono previste per la sua approvazione in sede parlamentare: con la conseguenza che le disposizioni della legge di conversione «non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso».

Difficile prevedere se si tratti dell'inizio di un nuovo corso giurisprudenziale o di un episodio destinato a rimanere isolato: la Corte in questi ultimi anni ci ha abituati a talmente tante oscillazioni che non ci sarebbe da stupirsi se, dopo essersi pronunciata in termini così forti, facesse nuovamente un passo indietro.

Difatti, se da un lato pare molto difficile che in futuro essa si smentisca nuovamente, riprendendo la vecchia tesi della «novazione» del decreto ad opera della legge di conversione, niente potrebbe impedirle di adottare nuovamente quell'approccio rigorosamente *self restraint* che ha contraddistinto la sua passata giurisprudenza. Niente, per esempio, potrebbe impedirle, come è già avvenuto in passato, di negare, in presenza di una specifica censura, la «evidente mancanza» dei presupposti di un decreto, evitando così, nel merito, di dichiararne l'incostituzionalità (insieme alla relativa legge di conversione), senza però, sul piano generale, contraddire il proprio indirizzo giurisprudenziale.

D'altronde, anche se mi pare ampiamente condivisibile lo scetticismo da più parti espresso circa la reale attitudine di questo «giro di vite» della Corte a tamponare gli ormai cronici fenomeni di abuso della decretazione d'urgenza, ritengo che, in ogni caso, in attesa delle tanto auspiccate (ma mai realizzate) riforme istituzionali, la Corte non possa continuare ad abdicare al proprio ruolo, ma debba far valere senza remore e con rigore la propria funzione di garante del rispetto della Costituzione, utilizzando tutti gli strumenti che l'ordinamento mette a sua disposizione.

Riforma dell'Ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria

di Giuseppe Di Federico

Gli studiosi italiani di diritto costituzionale non hanno dedicato grande attenzione al momento applicativo delle norme costituzionali in materia di ordinamento giudiziario. Non lo hanno fatto (con qualche timida eccezione) con riferimento alla applicabilità (*rectius* «inapplicabilità») del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, trascurando quindi anche le conseguenze negative che la diffusa e non trasparente discrezionalità del pubblico ministero in questa materia produce sulla effettività di altri principi costituzionali (G. Di Federico, *Processo penale e diritti della difesa*, Roma, 2002). Non lo hanno fatto con riferimento alla utilizzazione di giudici onorari nei collegi penali (è una violazione dell'articolo 106?). Non sembrano interessati a farlo con riferimento a una delle

modifiche dell'ordinamento giudiziario attualmente in discussione al Senato che chiaramente altera il testo costituzionale. La normativa predisposta dal Ministro Mastella con riferimento alle valutazioni di professionalità dei magistrati, infatti, cancella, senza che appaia esplicitamente, uno dei compiti che l'articolo 105 della Costituzione attribuisce al CSM. Quello, cioè, di provvedere alle promozioni dei magistrati vagliandone le qualificazioni professionali nel corso della loro carriera. Compito di grande rilievo voluto dal costituente per garantire ai cittadini magistrati che abbiano le qualificazioni necessarie ad amministrare giustizia. Il potente sindacato dei magistrati è sempre stato contrario a quelle valutazioni di professionalità, non a parole ma certamente nei fatti. Per circa 40 anni ha operato con successo per svuotare di reale contenuto quelle valutazioni ed ora, con questa proposta di riforma, se approvata, otterrà quanto da anni richiede e cioè che il dettato costituzionale relativo alle promozioni divenga anche formalmente lettera morta. Per comprendere queste affermazioni è necessario riassumere e valutare molto brevemente quanto accaduto e quanto sta accadendo.

Le valutazioni per le promozioni dei magistrati finora previste dalla legge sono quattro, tutte collegate a distinte qualifiche: dopo due anni dal reclutamento la valutazione per la promozione a magistrato di tribunale, dopo altri 11 anni per la promozione a magistrato di appello, dopo altri 7 anni per la promozione a magistrato di cassazione dopo altri 8 anni per la promozione a magistrato di cassazione con funzioni direttive. Le valutazioni per quelle promozioni sono state sinora fatte a livello distrettuale dai consigli giudiziari ed al livello nazionale, in via definitiva, dal CSM. In entrambi gli organismi la stragrande maggioranza dei componenti è composta da rappresentanti del sindacato della magistratura, cioè l'Associazione Nazionale Magistrati. Risultati: 1) nonostante la legge preveda vagli rigorosi, negli ultimi 40 anni tutti i magistrati sono stati promossi a tutti i livelli della carriera con valutazioni altamente laudative e tutti hanno raggiunto il massimo della carriera ed il più alto livello di stipendio e pensione, con la sola eccezione di coloro che avevano subito gravissime condanne disciplinari o penali (molto spesso tuttavia la bocciatura ha ritardato solo di qualche anno il pieno svolgimento della carriera e dei relativi vantaggi economici); 2) nei 40-45 anni in cui di regola rimangono in servizio i nostri magistrati non subiscono, da ormai 40 anni, nessun concreto vaglio di professionalità e tutti risultano formalmente grandi giuristi e grandi lavoratori (G. Di Federico (a cura di), *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Bologna, 2005, www.irsig.cnr.it).

Utilizzando ricerche da me condotte su decine di migliaia di promozioni effettuate a partire dagli anni '60, all'inizio del mio mandato di consigliere del CSM ho presentato una relazione (riportata integralmente nel verbale del 13 novembre 2002) nella quale si documentavano le molteplici conseguenze negative derivanti dalla pluri-decennale assenza di valutazioni della professionalità dei nostri magistrati. Nessuno degli altri componenti del CSM ha sollevato obiezioni – né avrebbero potuto – sulla veridicità della mia relazione. Tanto che in quella stessa seduta il CSM decise di istituire una commissione di studio per meglio effettuare, in futuro, le valutazioni di professionalità dei magistrati in occasione delle promozioni (le proposte di quella commissione non hanno tuttavia avuto alcun effetto).

In quella mia relazione iniziale, e poi più volte nel corso dei 4 anni di lavoro consiliare, ho ricordato che nei lavori della Costituente non vi era nessuna indicazione che il termine «promozioni» utilizzato all'art. 105 potesse avere un significato diverso da quello che ha nella lingua italiana. Che quindi le promozioni generalizzate e prive di sostanziale contenuto valutativo effettuate dal CSM negli ultimi 40 anni costituiscono, di fatto, la violazione di un importante obbligo imposto al CSM stesso dalla nostra Costituzione.

Il progetto di legge governativo in discussione al Senato soddisfa appieno le richieste da tempo avanzate del sindacato della magistratura e risolve alla radice il problema delle promozioni. Elimina le qualifiche di magistrato di appello, di magistrato di cassazione, di magistrato di cassazione con funzioni direttive, cioè elimina tutti i livelli della carriera dei magistrati (che sono poi quelli conosciute dal Costituente al momento di scrivere l'art. 105). Se, come sembra, quel progetto di legge sarà approvato, il CSM non effettuerà più le promozioni dei magistrati, neppure formalmente. Non potrebbe neppure farlo perché le qualifiche cui i magistrati dovrebbero essere promossi non esisterebbero più. Tuttavia, tra i compiti e gli obblighi del CSM previsti dall'articolo 105 della nostra Costituzione rimarrebbe comunque quello di effettuare promozioni che non saranno più fatte. Si tratta in buona sostanza di una modifica della Costituzione fatta, senza dirlo, con legge ordinaria.

Tre postille. La prima. Dicendo e mostrando che per i 40-45 anni di permanenza in servizio i nostri magistrati non sono sottoposti a reali vagli di professionalità non voglio certo affermare che non vi siano magistrati di grande valore (con alcuni di loro ho a lungo collaborato, con Giovanni Falcone, con Adolfo Beria di Argentine, con Girolamo Minervini, ed altri ancora). I magistrati di grande valore sono tuttavia tali solo per virtù propria e non perché tutti i magistrati siano sospinti ad esserlo da efficaci stimoli istituzionali come avviene, invece, in altri paesi europei ove i sistemi di promozione dei magistrati sono cosa molto seria ed altamente selettivi.

Seconda postilla. Ho detto che finora le promozioni sono state temporaneamente negate solo a seguito di gravi violazioni disciplinari. Cosa sia una grave violazione disciplinare è concetto assai relativo che merita un'illustrazione onde capire cosa significa per il CSM. Faccio il più semplice degli esempi di cui dispongo. Un pubblico ministero aveva dimenticato di ordinare la scarcerazione di un extracomunitario in detenzione preventiva ed il malcapitato è rimasto ingiustamente in carcere per oltre 15 mesi. Il pm in questione aveva ricevuto dal CSM la sanzione disciplinare dell'ammonimento (poco più di un buffetto). Il 18 febbraio 2004 CSM ha deciso di promuovere comunque quel pm. A chi obiettava che il suo comportamento denotava mancanza di professionalità e diligenza, un consigliere ha risposto che dopotutto il pm era incorso in quella dimenticanza una sola volta e che quindi non si trattava di un comportamento abituale. Queste affermazioni non appaiono nel verbale del CSM, ma hanno tuttavia convinto la maggioranza dei suoi componenti.

Terza postilla. In questo brevissimo scritto ho trascurato molti degli argomenti e dei dati che avrebbero dovuto accompagnare la trattazione di argomenti tanto complessi. Se sarò riuscito a suscitare interesse e, possibilmente, una discussione sui temi indicati sarò certamente disponibile ad integrare, motivare e documentare quanto detto, ben oltre le poche note qui utilizzate.

Se la casa è un diritto

di Michele Ainis

Casa, dolce casa. Nel settembre 2007, e nello spazio d'un paio di giornate, a Verona un GIP ordina la confisca di 16 appartamenti, nonché una multa di 15 mila euro per ciascuno dei loro disgraziati proprietari. Motivo? Li avevano dati in affitto a immigrati irregolari. A Roma la Cassazione stabilisce che non è reato occupare abusivamente una casa popolare, quando l'occupante è povero. E sempre la Cassazione riconosce ai Comuni la possibilità di requisire appartamenti sfitti per assegnarli agli sfrattati. Domanda: ma la casa è un bene pubblico o privato? E devono essere i privati cittadini a farsi carico dell'inefficienza pubblica, agendo da gendarmi (nel caso di Verona) o altrimenti ricorrendo a una giustizia fai-da-te (nel primo caso deciso in Cassazione)?

Misteri della giurisprudenza, che come la politica oscilla fra buonismo e cattivismo. Tuttavia la decisione della Suprema corte sui criteri di distribuzione delle case popolari (II sez. pen., sentenza n. 35580) segna una pietra miliare, e perciò merita qualche osservazione. Diciamolo: il precedente non è rassicurante, sia pur dettato da uno slancio generoso che farebbe tremare di furore i sindaci del centrosinistra impegnati nella caccia al lavavetri. Perché è vero, la *pietas* verso i più deboli è diventata merce rara. È inoltre indiscutibile che gli indigenti formano ormai un esercito: stando al rapporto ISTAT diffuso il 4 ottobre 2007, quanti vivono al di sotto della soglia di povertà sono in Italia 7 milioni e 537 mila. E dopotutto, con la crisi dei mutui e l'impennata degli affitti, la casa è diventata il primo assillo degli italiani. Ma tanto basta per trasformare anche la casa in un bene collettivo?

No, non basta. Nella sentenza n. 35580 la Cassazione costruisce un «diritto all'abitazione», inquadrandolo fra i diritti fondamentali della persona protetti dall'art. 2 della Costituzione. Ci permettiamo d'esprimere un dissenso, anche a costo di dover dare i numeri per illustrarne le ragioni. La nostra Carta garantisce (all'art. 14) la libertà di domicilio, che a sua volta esprime la facoltà di ricevere in salotto gli amici lasciando fuori dall'uscio i nemici, ma non dà certo titolo d'impadronirsi dell'abitazione altrui. In secondo luogo, anche quando la Costituzione parla di diritti, ogni suo enunciato va letto nel contesto: altrimenti il diritto al lavoro (menzionato dall'art. 4) si tradurrebbe nel diritto a venire assunti presso ogni impiego pubblico o privato. In terzo luogo, all'itinerario argomentativo della Cassazione non calza l'art. 2, bensì l'art. 3 della Costituzione, che sancisce il principio d'eguaglianza sostanziale. Però anche questo principio va preso con le pinze: in caso contrario la Cassazione avrebbe ripristinato l'uso alternativo del diritto, di cui davvero non s'avverte la mancanza.

Di che si tratta? Correvano i ruggenti anni '70, e un pugno di pretori d'assalto cominciò a requisire le abitazioni sfitte su e giù lungo la penisola. Tali espropri giudiziari vennero giustificati, per l'appunto, in nome del principio d'eguaglianza sostanziale, che impone l'emancipazione dei più deboli. Fra il diritto «borghese» conservato nelle leggi e la formula «rivoluzionaria» della Costituzione i pretori applicavano quest'ultima, senza filtri, senza compromessi. Ma in tal modo oscuravano la certezza del diritto, caposaldo