

Incontro di studio con la delegazione della

Corte costituzionale di Romania

*Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2014*

La “discrezionalità” del legislatore e il suo controllo

*Intervento del Giudice Giancarlo Coraggio*

1.– Come si può desumere dal titolo, ho scelto una relazione che è più generica di quelle, interessantissime e specifiche, che sono state tenute fino ad ora. Il fatto è che nella mia esperienza, prima di giudice amministrativo – una lunghissima esperienza – poi di giudice costituzionale, non è stato difficile rendersi conto che questo è il tema e il problema centrale del nostro modo di fare giustizia.

Ogni organo che sia chiamato a giudicare del potere avverte l’esigenza di non limitarsi ai profili formali ma di andare alla sostanza del suo esercizio; non a caso il primo giudice amministrativo europeo che è stato di esempio per tutti, il napoleonico *Conseil d’État*, ha subito elaborato quelle due figure di “*excès de pouvoir*” e di “*détournement de pouvoir*” che hanno costituito la base del sistema di controllo del potere. E la stessa nostra Corte costituzionale ha affrontato prestissimo questo tema: il suo insediamento risale al ’56 e le prime sentenze che esaminano la sostanza del potere sono di appena un anno dopo.

Del resto dalle relazioni dei colleghi ed amici della Romania mi pare di percepire con chiarezza che questa problematica non è certo estranea al loro modo di operare. Anch'essi per esempio a proposito dei decreti-legge si pongono il problema della correttezza del ricorso a questo tipo di normazione.

2.– Ho fatto riferimento fino ad ora indifferentemente al controllo del potere amministrativo e al controllo del potere legislativo; in realtà non c'è una perfetta coincidenza.

Il potere amministrativo è vincolato al fine che il legislatore gli assegna, e questo carattere definisce la “discrezionalità” in senso tecnico-giuridico. Tale vincolo condiziona inevitabilmente il tipo di controllo, come evidenziato dal *Conseil d'État*, quando parla in particolare di “*détournement de pouvoir*”, cioè dell'uso del potere per un fine diverso da quello previsto nella legge.

La regola del potere legislativo, invece, è che il fine è per definizione libero, cosicché è solo in senso atecnico che può usarsi – e infatti viene usato nelle sentenze della Corte – lo stesso termine.

È dunque al linguaggio comune che occorre rifarsi per dare un senso alla parola.

A tal fine ho scelto, non a caso, due definizioni: una è tratta da un nostro famosissimo dizionario della lingua italiana, quello di Nicolò

Tommaseo della metà dell'800, che definisce il potere discrezionale come “*Esercizio di libero arbitrio moderato dalla ragione*”, l'altra è di un moderno giurista americano studioso di *administrative-law*, T. Endicott, secondo il quale “*Discretion refers to a freedom of choice [...] it is also a synonyme of property and decency*”, termini questi ultimi che possono tradursi come “*appropriatezza*” e “*convenienza*”: in sostanza è un modo diverso di esprimere il concetto di ragionevolezza (traggo questa citazione da una recentissima monografia di Biagio Giliberti: *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013).

Come dicevo ho scelto non a caso questi due esempi per dimostrare la continuità nel tempo e nello spazio del concetto di discrezionalità, che rimane sostanzialmente identico anche in culture così profondamente diverse come quella dell'Europa continentale e quella anglosassone.

Certo lo stesso Endicott rileva che “*discretion is a word ambiguous*”. E in effetti è così perché se analizziamo questi concetti non possiamo negare che essi non hanno un contenuto specifico, come non lo ha quello di ragionevolezza che si usa nelle nostre sentenze come in quelle del giudice amministrativo.

Ciò nonostante è questo l'unico modo di qualificare il tipo di controllo sostanziale che può effettuarsi sul potere.

Affermazione questa indubbiamente grave, perché ogni giudice avverte la necessità di avere dei parametri certi sulla base dei quali adottare la propria decisione, senonché tutti i tentativi che sono stati fatti in tal senso non hanno avuto successo.

Leggevo qualche tempo fa in uno scritto di un nostro amministrativista particolarmente autorevole, Fabio Merusi, che nel tentativo di tradurre in regole puntuali questo concetto, si è fatto ricorso alla logica matematica, in particolare alla teoria dei “*giochi*” che, come certo saprete, è stata utilizzata soprattutto negli studi sulla strategia bellica. Ma questi sforzi si sono dimostrati del tutto vani e alla fine si è arrivati – ed è la conclusione di un altro matematico, *Lofti Asker Zadeh* – a parlare di logica “*sfocata*” o logica “*fuzzy*”, secondo cui, in presenza di concetti generici, è necessario un approccio di tipo linguistico e quindi rifarsi al linguaggio “*naturale*”, che poi è un modo più raffinato per esprimere quel concetto che ho cercato di chiarire all’inizio.

Del resto ogni volta che il giudice si trova ad applicare delle clausole generali, ad esempio il giudice civile quelle di “*buona fede*”, “*giusta causa*” e simili, inevitabilmente si muove in un’area di incertezza e di libertà. Tutto ciò, naturalmente, presenta i suoi rischi e impone una particolare attenzione da parte del giudice e un costante sforzo di *self-restraint*.

3.- Quanto più specificamente alla giurisprudenza della Corte costituzionale, la giustificazione per il controllo sostanziale è tradizionalmente rinvenuta nell'articolo 3 della Costituzione, che è una delle norme cardine del nostro sistema costituzionale, quello dell'“*eguaglianza*”. Da questo articolo si è estratto il principio della necessità della “*ragionevolezza*”, prima in modo più concreto e basandosi sul principio del *tertium comparationis*, cioè l'esame di situazioni affini che potessero costituire termine di riferimento del giudizio; poi in modo sempre più astratto, tanto che il richiamo all'articolo 3 ha finito con l'essere sostanzialmente una formula di stile.

Al riguardo si potrebbero citare non decine ma centinaia di sentenze, poiché praticamente non c'è udienza in cui una buona parte delle questioni non impongano al giudice una valutazione della “*ragionevolezza*”.

Ma è un esercizio sostanzialmente inutile: come rilevava la collega Marta Cartabia in un recente incontro con le Corti costituzionali spagnola e portoghese, il controllo sostanziale si traduce poi “*in formule*” – uso proprio le sue parole – “*destrutturate e informali*”; e anche precedenti Presidenti di questa Corte e autorevoli costituzionalisti, come Livio Paladin e Gustavo Zagrebelsky, sono arrivati alla stessa conclusione che, cioè, non è possibile formulare criteri obiettivi e certi quali parametri di questo tipo di giudizio.

Del resto, tutto ciò traspare in modo evidente dalle motivazioni: vengono infatti usati oltre che il termine di “ragionevolezza”, che è sicuramente più frequente, anche quelli di “coerenza”, “congruenza”, “misura”, “razionalità” e “proporzionalità”, ma generalmente senza significative distinzioni e quindi senza attribuire ad essi significati tecnici specifici.

4.– Di questi termini probabilmente solo i due ultimi hanno assunto una valenza particolare.

Anche se non di rado sono usati promiscuamente, si va infatti manifestando, non sempre con chiarezza, una loro specificità: essi esprimono una tendenziale maggiore profondità del controllo di costituzionalità, e in questo, pur con le differenze che cercherò di evidenziare, sono più affini di quanto si possa ritenere “a prima vista”, poiché entrambi alludono ad un controllo sganciato da qualsiasi termine oggettivo di comparazione.

4.1.– Più incerto, è il significato del primo termine. Talvolta si tende con esso a designare “*la conformità a valori di giustizia ed equità*” (cfr., Corte cost., sentenze n. 388 del 1995, n. 264 del 1994 e n. 421 del 1991, ma l’indirizzo è risalente: G. Zagrebelsky, *Il merito amministrativo*) talaltra, specie in passato, si è parlato di ragionevolezza rispetto alle finalità perseguite (cfr., Corte cost., sentenze n. 134 del 1997 e n. 306 del 1993).

Nel primo senso non sembra che l'espressione abbia un significato diverso da quello di ragionevolezza: evidenzia solo che – come si è anticipato – la valutazione prescinde dall'esistenza del *tertium comparationis*.

Più pregnante è il secondo uso dell'espressione. Difatti, mancando nella legge – come si è detto – la predeterminazione del fine, esso implica in realtà che la verifica riguardi la “razionalità” interna della norma. In tal senso, si è affermato che la giurisprudenza costituzionale, nel tempo, «ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di “razionalità” della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell’“esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità” [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» (sentenza n. 87 del 2012).

La massima, pur nel suo eclettismo, definisce con chiarezza la portata di questo tipo di controllo, quanto richiama la “*coerenza logica, tecnologica e storico-cronologica*”, quale presidio “*contro l'eventuale manifesta irrazionalità*”.

4.2.– Più interessante e più specifico è il concetto di “*proporzionalità*”. Più interessante perché anzitutto è un caso significativo di sinergia degli ordinamenti e dei sistemi giuridici. Mentre infatti il

parametro della ragionevolezza ci viene dalla cultura francese e quindi dal *Conseil d'État*, quello di proporzionalità invece ci viene dalla cultura tedesca, ed è poi passato – per l'influenza preponderante della giurisprudenza delle Corti germaniche – all'Unione Europea e alla Corte di giustizia.

Studi accurati sono stati fatti al riguardo anche dal nostro attuale Presidente che ha avuto un ruolo rilevante in quest'organo; e da essi emerge l'utilizzo di questo parametro in presenza ed a salvaguardia dei diritti fondamentali garantiti dai Trattati ai cittadini.

Secondo la Corte di giustizia laddove vi sia una limitazione di questi diritti, quali quello della concorrenza, della libera circolazione di merci e di persone e così via, è necessario che vi sia proporzione fra tale limitazione e i valori che il legislatore nazionale intende tutelare.

Che il controllo di proporzionalità sia legato alla esistenza di più diritti fondamentali concorrenti è attestato anche dalle modalità della sua diffusione in ambiti refrattari alla tradizione dei paesi “a diritto amministrativo”, come nel Regno Unito: l'applicazione di questo parametro, infatti, è posteriore e conseguente all'adozione dell'*Human Rights Act (HRA)*, con cui «è stata incorporata nell'ordinamento interno la Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (S. Mirate, *L'alternativa tra forma e sostanza: un'analisi fra vecchi e nuovi confini del Judicial review*



*of administrative action* nel Regno Unito, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti nei confronti dei provvedimenti amministrativi, nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, pagg. 149-155.

4.3.– Questo stesso parametro, quello cioè della proporzione tra il sacrificio imposto e il fine perseguito, è utilizzato anche dalla nostra giurisprudenza, costituzionale e amministrativa.

Quanto alla nostra, ciò non avviene sempre con chiarezza, perché talvolta il termine ricorre congiuntamente a quello di ragionevolezza; però va emergendo un uso più tecnico ed esclusivo, in quelle ipotesi in cui sono appunto in gioco i diritti fondamentali. Quando, analogamente a quanto ritenuto in sede comunitaria, si tratta di stabilire se la lesione di un diritto fondamentale sia giustificata dalla tutela di altri diritti non meno fondamentali.

È una affermazione che spesso troviamo implicita in numerose sentenze, come in un caso che in Italia ha avuto grandissima risonanza (sentenza n. 85 del 2013), cioè quello dell'Ilva, il più grande stabilimento siderurgico non solo d'Italia ma di Europa.

L'intervento del giudice penale, ancora in fase istruttoria, ne ha comportato la chiusura per ragioni di tutela e di salubrità dell'ambiente, e ciò sul presupposto della assoluta o automatica prevalenza di questi valori rispetto agli altri che pur entravano in gioco.

Al contrario il giudice costituzionale, preso atto, appunto, della esistenza degli altri diritti, quali quello del lavoro e della libertà di iniziativa economica, ha ritenuto che non esista un diritto “*tiranno*”, che cioè debba necessariamente prevalere sugli altri, e che occorra dunque verificare se il legislatore abbia o meno trovato un giusto equilibrio fra tutti questi diritti fondamentali in gioco, e se la limitazione dell’uno sia o meno proporzionale alle esigenze di tutela dell’altro.

Questi concetti sono esposti in modo particolarmente chiaro in un’altra sentenza di grande rilievo (la n. 162 del 2014) relativa alla legge sulla fecondazione assistita, secondo cui «lo scrutinio sostanziale, in ambiti connotati da un’ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, [...] di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale». Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti».

5.– Nell’utilizzo di questi parametri così vaghi vi è indubbiamente un rischio: quello che il giudice, sia amministrativo che costituzionale,

arrivi ad esercitare esso stesso il potere. Sostituisca le proprie scelte, le proprie valutazioni alle scelte e valutazioni che invece competono e non possono che competere al titolare del potere, vuoi “amministrazione” vuoi “legislatore”.

Quali i rimedi?

Se in generale non vi è altra scelta che confidare nella consapevolezza della necessità di rispettare il gioco delle parti e quindi di evitare di invadere le altrui competenze, nel caso del controllo di costituzionalità delle leggi è buona regola fare puntuale riferimento ad altri principi costituzionali per trovare un aggancio anche formale alle valutazioni sostanziali. E ciò vale in modo particolare per il parametro di proporzionalità che penetra ancora più a fondo nel nucleo centrale dell’esercizio del potere, e il cui uso si giustifica, appunto, solo nel caso di concorso di più diritti fondamentali, rischiando altrimenti di tradursi nell’esame del merito.

Così, nella importante sentenza, già ricordata, sul sistema elettorale, la dichiarazione di incostituzionalità del “premio di maggioranza” quale garanzia di un governo stabile ed efficiente, ha trovato il suo fondamento nella esigenza di tutela della rappresentatività del corpo elettorale da parte degli eletti: la lesione di questo valore, a sua volta non certo assoluto, è

stata ritenuta, ingiustificata in questo caso alla stregua degli specifici contenuti della relativa disciplina.

In conclusione, se una conclusione è possibile in questo campo, l'unica garanzia che il giudice costituzionale, come qualsiasi giudice, non sconfini attribuendosi impropriamente compiti che gli sono estranei, è nella adeguata esternazione dell'*iter* logico seguito e delle ragioni che di volta in volta giustificano ed anzi impongono la valutazione negativa dell'azione del potere controllato, poiché è con la motivazione che il giudice si sottopone a sua volta al controllo delle altre istituzioni e soprattutto della collettività.

Grazie