

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip)	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login)	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip)	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo*	30,00
Fascicolo singolo digitale	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN).
Finito di stampare nel mese di giugno del 2019.

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma

Giuseppe Rivetti - Università di Macerata

Gianni Santucci - Università di Trento

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Carmelo Elio Tavilla - Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum - Avvocato del Foro di Roma

Dott.ssa Maria Teresa Capozza - “Lumsa” di Roma

Dott. Matteo Carnì - “Lumsa” di Roma

Dott. Manuel Ganarin - Università di Bologna

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini - Università di Bologna

Dott. Alessandro Perego - Università di Padova

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

MISCELLANEA

Andrés Ollero

CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ: TRA TRADIZIONE E GLOBALIZZAZIONE. IL CASO SPAGNOLO*

La Costituzione spagnola, che tra qualche giorno compirà quarant'anni, ha notevolmente influenzato i lavori filosofico-giuridici, inclusi i miei. Alcuni mesi dopo la sua promulgazione, presentai al Congresso mondiale di Basilea una relazione a proposito di *Diritto naturale e giurisprudenza di principi*¹, portandola come esempio. Potrebbe sembrare strano alludere ad un termine così tradizionale, ma l'opinione dissenziente ad una delle prime sentenze della neocostituita Corte Costituzionale, relativa al principio di uguaglianza, offre argomenti *a contrario*: «il principio di uguaglianza e il controllo di costituzionalità [judicial review] che esso comporta, rischiano di trasformarsi in un controllo valutativo della giustizia delle soluzioni legislative»; aggiungendosi che «il riferimento alla natura delle cose, al carattere ragionevole e ad altri parametri simili a quelli cui si suole ricorrere per definire l'uguaglianza, consente una facile deviazione verso il giusnaturalismo, che deve essere attentamente evitato da una giurisprudenza costituzionale»².

* Il contributo, accettato dai Direttori, riproduce la relazione tenuta a Roma il 12 dicembre 2018 alla sessione conclusiva del Project "The Value of Tradition in the Global Context" delle Università Saint John's (New York), LUMSA (Roma) e Villanova (Pennsylvania). Traduzione dell'originale spagnolo a cura di Barbara Mariano (Università degli Studi di Bari, sede di Taranto).

¹ Cfr. A. OLLERO, *Droit naturel et «jurisprudence de principes» (avec référence à la Constitution espagnole de 1978)*, Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie, Basel, 1979. Paper (III)-130; nei suoi atti: *Contemporary Conceptions of Law*, Steiner Verlag, Stuttgart, 1979, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Supplementa), vol. I, 1, pp. 629-639. L'originale spagnolo in *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 199-210.

² Voto del Magistrato Díez Picazo alla STC 34/1981, 10 novembre.

Si segnala al contempo il tramonto del positivismo giuridico, impegnato a presentare il diritto come un sistema di *norme*, insofferente a riconoscere il gioco dei *principi*. Non sarebbe «possibile ridurre ciascuna delle ipotesi di fatto o ciascuna delle norme in questione a un principio generale del diritto, non esplicitamente formulato dalla legge, al fine di decidere l'uguaglianza in quello o secondo quello, perché, allora, non si tratterebbe di uguaglianza dinanzi alla legge, bensì di uguaglianza dinanzi ai principi»³.

La sentenza citata obbliga ad attenuare il comune riferimento all'*uguaglianza* dei cittadini *dinanzi alla legge*, distinguendola in uguaglianza *nella legge e nell'applicazione della legge*. Questo relativizza al contempo il presunto divario tra lo *stare decisis* anglosassone e un obbligato gioco del precedente giudiziale⁴, che fa rinascere la vecchia questione in base alla quale ci si chiede se la giurisprudenza sia o meno fonte del diritto.

Serve a poco che il legislatore non abbia stabilito una differenza di trattamento tra i cittadini, se poi i giudici – o persino lo stesso organo giurisdizionale – offrono soluzioni diverse, non considerando che sia uno stesso cittadino ad esserne il destinatario⁵. Continuando il mio ripasso autobiografico delle risoluzioni della Corte Costituzionale spagnola, mi è sembrata significativa quella che ci illustra come, quando un organo giurisdizionale «ritenga di dover prendere le distanze dai suoi precedenti debba offrire necessariamente una giustificazione sufficiente e *ragionevole*. Diverso è il problema dell'uguaglianza nell'applicazione della legge allorquando questa non si riferisca ad un unico organo, bensì a più organi. In questi casi, l'istituzione che realizza il principio di uguaglianza e attraverso cui si cerca l'uniformità, è la giurisprudenza, affidata ad organi giurisdizionali di livello superiore [ricorso per unificazione di dottrina], perchè il principio di uguaglianza nell'applicazio-

³ *Ibidem*.

⁴ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; 2005².

⁵ Per quanto risulti sorprendente, cfr. STC 162/2001, 5 luglio.

ne della legge deve necessariamente armonizzarsi al principio di indipendenza degli organi incaricati dell'applicazione della legge quando questi siano organi giurisdizionali»⁶.

Nel caso spagnolo risultava problematico parlare di tradizione nel controllo di costituzionalità delle leggi, poiché questo ordinamento proveniva da quasi quattro decenni di dittatura dopo l'effimera esperienza repubblicana. Non a caso in questo periodo l'esercizio dei diritti umani era stato considerato in non pochi casi come un delitto. L'espedito giuridico che ha garantito la transizione alla democrazia, considerando il regime precedente, è stato elogiato come un accurato lavoro che ha consentito il passaggio dalla legge alla legge; cioè, dalle leggi fondamentali del franchismo alla Costituzione. Alcuni giudici del regime pre-democratico lo hanno interpretato a loro modo, così facendo emanare una sentenza che è un vero e proprio rimprovero rivolto a questa magistratura ancora legata al precedente ordinamento, che violava il principio di uguaglianza negando la condizione di erede a una cittadina che, secondo il non ancora aggiornato codice civile, era considerata 'figlia illegittima'.

La ricorrente in *amparo* ha invocato il valore immediatamente precettivo dell'art. 14 della Costituzione e il suo possibile effetto abrogativo rispetto all'art. 137 del Codice civile. La Corte non ha avuto nessun dubbio nell'affermare che «la Costituzione è precisamente questo: la nostra norma suprema e non una dichiarazione programmatica o di soli principi». Essa ricorda al contempo che l'esercizio dei diritti fondamentali deve «essere regolato solo dalla legge e la necessità che questa rispetti il loro contenuto essenziale», il che implica «che quei diritti già esistono, con carattere vincolante per tutti i poteri pubblici, tra i quali si annoverano, ovviamente, i giudici e i magistrati componenti del potere giudiziario».

Non si ammette poi che il suo contenuto integri «mere enunciazioni di principi diretti a orientare la futura attività del potere pubblico che non abbiano capacità di produrre la nascita di diritti civili salvo che questi si sviluppino attraverso leggi ulteriori». Conclude drasticamente che «ciò che in nes-

⁶ STC 34/1982, 14 giugno, FJ 2.

sun modo può ammettersi è l'equiparazione tra quelle "Leggi Fondamentali" e la Costituzione Spagnola del 1978, per la cui valutazione e interpretazione è necessario prescindere da criteri non più attuali»⁷. La Costituzione sarebbe quindi applicabile senza necessità di *interpositio legislatoris*.

La Costituzione spagnola recepisce, dalla dottrina tedesca, il riferimento al suddetto *contenuto essenziale* all'art. 53.1. In una risalente sentenza relativa al diritto di sciopero, la Corte tentò audacemente di spiegare questo contenuto, facendo eco alla polemica dottrinale tra giurisprudenza dei *conceitos* e degli *interessi*. Ritiene che «sia necessario seguire due percorsi». Il primo sarebbe quello di «ricorrere a ciò che si suole chiamare natura giuridica o modo di concepire o di configurare ciascun diritto. Secondo questo orientamento bisogna cercare di stabilire una relazione tra il linguaggio che utilizzano le disposizioni normative e quello che alcuni autori hanno chiamato il metalinguaggio ossia idee generalizzate e convinzioni generalmente ammesse tra i giuristi, i giudici e, in generale, gli esperti di Diritto». Il secondo percorso porterebbe a «tentare di cercare ciò che un'importante tradizione ha chiamato interessi giuridicamente protetti come nucleo ed essenza dei diritti soggettivi». L'essenzialità farebbe in questo caso «riferimento a quella parte del contenuto del diritto che è assolutamente necessaria per far sì che gli interessi giuridicamente meritevoli, che danno vita al diritto, risultino reali, concreti e effettivamente protetti». Tutto ciò, senza dimenticare che non si tratta di due percorsi «alternativi, né ancora meno antitetici, ma che, al contrario, si possono considerare come complementari»⁸.

Questo sforzo così ben intenzionato evita di considerare cosa dovrebbe servire come fondamento del controllo di costituzionalità o chi dovrebbe controllare il controllore; posti davanti al paradosso che la Costituzione dirà ciò che una Corte 'con-

⁷ STC 80/1982, 20 dicembre, FJ 1. Fu relatore della sentenza il Professor Francisco Tomás y Valiente, che divenne presidente della Corte e, dopo aver adempiuto al suo mandato, fu assassinato nel suo ufficio dell'università da un terrorista di ETA.

⁸ STC 11/1981, 8 Aprile, FJ 8.

tromaggioritaria' ritiene che questa dica. Il primo percorso ci porterà alla ricerca di un *fundamento objetivo e razonevole*.

Continueremo considerando il principio accennato. L'uguaglianza, cui si riferisce l'art. 14 CE, «non comporta necessariamente un'uguaglianza materiale o un'uguaglianza economica reale ed effettiva. Significa che ad ipotesi di fatto uguali devono applicarsi conseguenze giuridiche che siano anch'esse uguali e che, per individuare differenze tra le ipotesi di fatto, deve esistere una sufficiente giustificazione di tale diversità, che appaia allo stesso tempo come fondata e ragionevole in accordo con criteri e giudizi di valore generalmente accettati»⁹. Dal consenso degli esperti sembra che siamo adesso orientati verso giudizi di valore più generalizzati. Dovrà quindi il giudice costituzionale sforzarsi di rispecchiare il cittadino medio?

Non sembra essere questo il caso allorché consideriamo una peculiare violazione dell'uguaglianza: la discriminazione in ragione del sesso¹⁰. Non potremmo conformarci ad un approccio che sia di *attualità*. A ciò ci guida il constatare come in un ospedale barcellonese, le infermiere, la domenica, si vedano retribuire tutte le ore di lavoro come straordinari, mentre per i loro colleghi uomini si tratta di un giorno lavorativo come qualunque altro. Quindi risulta esservi una sospetta discriminazione dell'uomo. In realtà il franchismo ha introdotto un atteggiamento 'protettivo' della donna, che cercava di dispensarla da ogni contributo lavorativo. Un organo giurisdizionale potrebbe ritenere che «la protezione della donna, di per sé, non è ragione sufficiente a giustificare la differenziazione»; in ogni caso, considera che «misure del genere devono essere soggette a revisione, al fine di abrogarle se si dimostrano carenti di attualità». La Corte non condivide questo criterio: «il problema non è la conformità della soluzione giuridica con le convinzioni o le credenze attuali, che sono ciò che si può chiamare "attualità", bensì la sua conformità alla Costituzione». Si ca-

⁹ STC 49/1982, 14 luglio, FJ 2.

¹⁰ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

pisce quindi come il legislatore sia attento a ciò che considera attuale, ma «l'efficacia diretta e immediata che ha la Costituzione, in quanto norma suprema dell'ordinamento giuridico, senza la necessità di aspettare la sua attuazione da parte del legislatore ordinario in ciò che riguarda i diritti fondamentali e le libertà pubbliche» esclude questo punto di vista¹¹. In realtà ad essere discriminata potrebbe essere la donna. L'uomo, se non lavora la domenica, andrà a vedere giocare il Barça; la donna se lavora sarà impossibilitata ad uscire con i suoi bambini a fare una passeggiata, e questo ha un prezzo.

La discriminazione per ragioni di sesso avrebbe costretto a modificare il punto di vista, e ci avrebbe fatto avvicinare alla versione spagnola delle *affirmative actions*. L'art. 9.2 della Costituzione, di eredità italiana, è stato inizialmente accolto con il sospetto di essere l'apripista dell'allora fiorente *uso alternativo del diritto*. Ciò non si è realizzato. È invece avvenuto che poiché tale articolo non fruisce della protezione del ricorso di *amparo*, ci si sia produttivamente rivolti, in via interpretativa, verso l'invece protetto, articolo 14. Il risultato avrebbe impedito il licenziamento di lavoratrici in gravidanza.

L'eredità ha finito per convertirsi piuttosto in nordamericana. Il citato art. 9.2.CE stabilisce: «Spetta ai poteri pubblici promuovere le condizioni per cui la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi di cui fa parte siano reali ed effettive; rimuovere gli ostacoli che impediscono o rendono difficile la sua realizzazione e facilitare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale», cosa che – a giudizio dalla Corte – supera «il più limitato ambito di un'uguaglianza meramente formale». L'art. 14 sanciva «una clausola generale di uguaglianza di tutti gli spagnoli davanti alla Legge», ma al contempo i riferimenti concreti alla non discriminazione rappresentano «un'esplicita interdizione al mantenimento di determinate differenziazioni storicamente e profondamente radicate e che hanno posto, tanto per l'azione dei poteri pubblici, quanto per la pratica sociale, parti della popolazione in posizioni non solo svantaggiose, bensì aperta-

¹¹ STC 81/1982, 21 dicembre, FJ 2.

mente contrarie alla dignità della persona sancita dall'art. 10 della CE». Ciò implica pertanto «la volontà di mettere fine alla storica situazione di inferiorità in cui, nella vita sociale e giuridica, si è collocata la popolazione femminile»¹².

L'influenza della giurisprudenza nordamericana nell'ambito dell'Unione Europea è via via penetrata al momento di individuare le disuguaglianze, aiutando a identificare la cosiddetta *discriminazione indiretta*.

Questo avrebbe portato la Corte, nel giudicare dell'*amparo*, ad indagare sul divario esistente tra le retribuzioni degli operai e delle donne delle pulizie di un ospedale. Tra le due categorie di lavoratori esistevano delle marcate differenze che sarebbe stato possibile «qualificare come fondate e ragionevoli, con riguardo alla maggiore fatica e sforzo fisico» dell'operaio, ma di fatto questi soggetti «realizzavano esattamente le stesse funzioni».

Questo consente alla Corte di «arricchire la propria nozione di discriminazione» per includervi «la nozione di discriminazione indiretta», rilevando trattamenti formalmente non discriminatori dai quali «derivano pregiudizievoli conseguenze differenti a causa dell'*impatto* differenziato e sfavorevole» delle loro conseguenze. È per questo che «l'organo giurisdizionale non può limitarsi a valutare se la differenza di trattamento ha, in astratto, una giustificazione oggettiva e ragionevole, bensì deve analizzare, in concreto, se ciò che appare come una differenziazione formalmente ragionevole, non nasconde o permetta di nascondere una discriminazione contraria all'art. 14 CE»¹³.

Nel tentativo di fugare tanti sospetti emerge una buona notizia: è nato un nuovo diritto fondamentale¹⁴. L'art. 18 CE, che protegge la riservatezza personale e familiare, include un enigmatico comma 4, secondo cui la «legge limiterà l'uso

¹² STC 166/1988, 26 settembre, FJ 2.

¹³ STC 145/1991, 1 luglio, FFJJ 1 y 2.

¹⁴ A riguardo cfr. A. OLLERO, *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2008, pp. 7-179.

dell'informatica per garantire l'onore e la riservatezza personale e familiare dei cittadini e il pieno esercizio dei loro diritti». Sembrerebbe che si stia sviluppando una mera estensione del diritto alla riservatezza, ma ciò che questa rivendica è la protezione di una sfera individuale di *privacy* dinanzi a possibili lesioni di terzi o dei pubblici poteri, in linea con i classici diritti di libertà. Ora, ciò che sta nascendo è un diritto di prestazione, che ruota intorno ad *un potere di controllo* del cittadino riguardo ai dati di cui gli uni e gli altri possano disporre e la copertura giuridica di cui possano avvalersi. La Corte ritiene che il sorgere di questo diritto si sia verificato «in modo, in ultima analisi, non molto differente rispetto al come storicamente sono nati e si sono integrati nell'ordinamento i diversi diritti fondamentali». Ammette con ciò che «la garanzia della riservatezza assume oggi un contenuto positivo sotto forma di diritto al controllo sui dati relativi alla propria persona», che qualifica, attraverso l'influenza italiana, come libertà informatica, anche se presto finirà per adottare la terminologia tedesca: autodeterminazione informativa. L'*habeas corpus* sarà così accompagnato da un collega dalle diverse caratteristiche: l'*habeas data*.

Come se ancora non avesse tagliato il cordone ombelicale, la Corte respinge «la tesi secondo cui il diritto fondamentale alla riservatezza esaurisce il suo contenuto in facoltà puramente negative, di esclusione»¹⁵.

L'influsso nordamericano è anche percepibile nella versione spagnola del *certiorari* praticato dalla Corte suprema di quello Stato. Il modello kelseniano di controllo di costituzionalità in Spagna appare alterato dall'esistenza del ricorso di *amparo*, il cui scopo inizialmente è stato quello di rimediare alla violazione di un diritto fondamentale. Come conseguenza la Corte è stata quasi sopraffatta dal successo, vedendosi convertita in una terza istanza processuale per non pochi cittadini, diluendosi così il confine tra controllo di legalità e di co-

¹⁵ STC 254/1993, 20 luglio, FFJJ 6 e 7.

stituzionalità¹⁶. I ricorsi di *amparo* sono arrivati ad essere più di 11.000, prima che entrasse in vigore una drastica riforma legislativa, che non è riuscita comunque a ridurli a meno di 6.000; destinati ad essere dichiarati inammissibili, tranne che per un centinaio che vengono invece giudicati con sentenza. Con la riforma, il ricorso di *amparo* cessa di essere considerato secondo una mera dimensione soggettiva, per convertirsi – a mio giudizio – in uno strumento oggettivo che accompagna il ricorso nell’interesse della legge; in questo caso, nell’interesse della Costituzione.

Per la Corte costituisce «l’elemento più innovativo o la caratteristica più distintiva (ATC 188/2008, del 21 luglio, FJ 3) di questa disciplina del ricorso di *amparo* il requisito sostanziale o di fondo della *speciale rilevanza costituzionale*». La sua principale conseguenza sarà che «la mera lesione di un diritto fondamentale o di una libertà pubblica tutelabile con l’*amparo*, non sarà di per sé sufficiente per ammettere il ricorso poiché è imprescindibile, inoltre, la sua speciale rilevanza costituzionale», che deve essere in ogni caso giustificata. La Corte non ha smesso di offrire indicazioni a riguardo; oltre, per esempio, a constatare la violazione di un diritto, sarebbe necessario argomentare che ciò sollevi «una questione su cui questa Corte non ha creato giurisprudenza»¹⁷.

La *pressione globalizzante* si sperimenta nel diritto spagnolo come conseguenza della sottoscrizione della Convenzione di Roma del Consiglio d’Europa, che lo vincola alla Corte Europea dei Diritti Umani, con sede a *Strasburgo*. Ruolo più singolare gioca il modo di intendere la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con sede a *Lussemburgo*, ciò che eufemisticamente si è definito come un *dialogo tra corti*¹⁸.

¹⁶ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Legalidad y constitucionalidad*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, CL, 2, 2018, pp. 229-255.

¹⁷ STC 11/2009, 25 giugno, FJ 2; con citazione della STC 70/2009, 23 marzo, FJ 1.

¹⁸ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Diálogo de tribunales en el marco europeo*, in *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompant*, t. I, coord. J. DE LUCAS MARTÍN, E. VIDAL GIL, E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, V. BELLVER CAPELLA, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 911-928.

Nell'ambito europeo la *tradizione* di uno Stato può vedersi rinforzata se è *condivisa*. Così è avvenuto con la sentenza *Lautsi contro Italia* della Corte di Strasburgo, che costituisce un argomento favorevole ad appoggiare il concetto di laicità formulato dalla Corte spagnola. L'articolo 16.3 CE protegge una *laicità positiva*, basata non sulla separazione bensì sulla cooperazione dei poteri pubblici con le confessioni religiose¹⁹. Ci si chiede se sia compatibile, in uno Stato laico come la Spagna, che negli statuti dell'Ordine degli Avvocati di Siviglia figurino come protettrice l'Immacolata. Non lo considera tale uno dei membri del collegio, che ritiene violata la sua libertà religiosa.

Per la Corte risulta obbligata la neutralità religiosa dell'Ordine, come ente di diritto pubblico. Intende, tuttavia che i simboli incorporino «tutta la carica storica di una comunità, tutto un insieme di significati che esercitano una funzione integratrice e promuovono una risposta socioemotiva, contribuendo alla formazione e alla conservazione della coscienza comunitaria». D'altra parte, «quando una religione è maggioritaria in una società, i suoi simboli condividono la storia politica e culturale di questa», ma – come succede nel caso *Lautsi* – «la percezione soggettiva del ricorrente di per sé sola non basta a caratterizzare una violazione del diritto dedotto». Inoltre «in una società in cui si è sviluppato un evidente processo di secolarizzazione è indubitabile che molti simboli religiosi siano diventati, secondo il contesto concreto del caso, in maniera predominante di natura culturale, anche se questo non esclude che per i credenti continui a sussistere il loro significato religioso». Il ricorrente, dal canto suo, non ha fatto notare di essere stato obbligato a partecipare ad atti religiosi. Come conclusione, il fatto per cui «la corporazione assuma segni di identità che, sprovvisti di un significato religioso incompatibile con l'art. 16 CE, sono stati in origine propri di una o di un'altra confessione o di nessuna di queste, è qualcosa che solo alla corporazione tocca decidere in modo democratico (art. 36 CE)»²⁰.

¹⁹ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Laicidad positiva, igualdad consiguiente*, in *Persona y Derecho*, 2017, pp. 93-131.

²⁰ STC 34/2011, 28 marzo, FFJJ 1, 4, 5 e 6.

Non mancano tuttavia casi in cui *la globalizzazione si contrapponga alla tradizione* e in cui le Costituzioni statali debbano sopportare la spinta di organizzazioni non governative che agiscono come gruppi di pressione all'interno delle Nazioni Unite per imporre la loro visione del politicamente corretto. Questo è appena successo in Spagna nei confronti del proposito di rendere compatibile il matrimonio omosessuale con l'art. 32.1 CE, che afferma: «L'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio con piena uguaglianza giuridica». Quando mi presentai – seguendo il modello nordamericano – davanti al Congresso dei Deputati, prima di essere eletto da più di tre quinti dei suoi membri come giudice della Corte costituzionale, mi si chiese se fossi disposto a firmare un documento che richiedesse la sostituzione, nel suddetto articolo, della locuzione «l'uomo e la donna» con «tutti». Risposi che l'approccio mi sembrava molto opportuno, giacché non si trattava di un caso in cui i giudici potessero imporre le loro convinzioni personali ma piuttosto di un'ipotesi in cui fosse necessario proporre una riforma costituzionale²¹. Questo stesso è stato il filo conduttore della mia opinione dissenziente alla sentenza della Corte, che aveva introdotto una modifica costituzionale, rinnegando i requisiti prescritti per la sua riforma.

Rispetto all'art. 32 CE la sentenza riconosce che questo «non vuol dire che implicitamente venga accolto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, se ci limitiamo a realizzare un'interpretazione letterale e sistematica, ma nemmeno vuol dire che venga escluso», evidenziando che non tutto ciò che la Costituzione non contempli sia necessariamente incostituzionale. «Ma è chiaro che lo sarà ciò che privi di ogni senso quello che in essa si dispone», sostenni nella mia opinione dissenziente.

La sentenza cerca sostegno nella esitante giurisprudenza di Strasburgo. Le sue risoluzioni riguardo l'art. 8 della Convenzione di Roma, condividono un concetto di libertà intesa

²¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión consultiva de nombramientos*, lunedì 9 luglio 2012, X Legislatura, 2012 (144), pp. 14, 16 e 17.

come drastica autodeterminazione individuale²²; in questo caso, tuttavia, rilevante è l'art. 12 della Convenzione: «A partire dall'età adatta al matrimonio, l'uomo e la donna hanno diritto a sposarsi e a fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che disciplinano l'esercizio di questo diritto». Nel caso *Schalk e Kopf contro Austria*, del 24 giugno 2010, si riconosce che le parole dell'articolo citato «sono state scelte intenzionalmente; cosa che, considerando il contesto storico in cui la Convenzione fu adottata, porta a pensare che si riferiscano al matrimonio tra persone di sesso diverso». Ammette, tuttavia, che «non esiste consenso totale in Europa riguardo alla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso», per concludere che «l'art. 12 della Convenzione europea non può imporre, oggi, a nessuno Stato l'obbligo di consentire il matrimonio alle coppie omosessuali, ma nemmeno può far dedurre dal suo tenore letterale l'impossibilità di regolare il matrimonio tra persone dello stesso sesso».

Forse stanca dei comuni riferimenti idraulici (fonti, lacune ecc.) la Corte spagnola opta per un'argomentazione forestale con accento canadese. La Costituzione sarebbe un «albero vivo», che «attraverso una *interpretazione evolutiva*, si adatta alle realtà della vita moderna come mezzo per assicurare la sua stessa rilevanza e legittimità»²³. La verità è che ho sempre pensato che la rilevanza e la legittimità di una Costituzione derivino dalla sua capacità di modellare la società a cui si rivolge, una volta esperiti i procedimenti di riforma che il suo testo prevede. Ho paura che il loro disprezzo possa *globalizzare un concetto congiunturale del politicamente corretto* ordito al di là delle esigenze costituzionali.

²² A riguardo cfr. A. OLLERO, *El impacto del artículo 8 del Convenio de Roma*, in *Sobre la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, "Ideas" 4, ADEOS, Madrid, 2014, pp. 169-178.

²³ STC 198/2012, 6 novembre, FFJJ 9, 8 e 12, paragrafo 3 della mia opinione dissenziente.

ANDRÉS OLLERO, Controllo di costituzionalità: tra tradizione e globalizzazione. Il caso spagnolo

L'Autore, illustrando il caso della Spagna alla luce del principio di uguaglianza, evidenzia come il controllo di costituzionalità debba confrontarsi con la tradizione di uno Stato nonché con le innovazioni che caratterizzano l'esperienza giuridica contemporanea nell'età della globalizzazione.

Parole chiave: Costituzione spagnola, controllo di costituzionalità, principio di uguaglianza, tradizione, globalizzazione.

ANDRÉS OLLERO, Constitutional review: between tradition and globalization. The case of Spain

The Author, presenting the case of Spain in view of the principle of equality, shows that the constitutional review has to confront both the State tradition and the innovations which characterize contemporary juridical experience in the age of globalization.

Key words: Spanish Constitution, constitutional review, principle of equality, tradition, globalization.

INDICE DEL FASCICOLO 2 2019

Miscellanea

Andrés Ollero, Controllo di costituzionalità:
tra tradizione e innovazione. Il caso spagnolo..... 235

Federico Martelloni, Metamorfosi del lavoro e polisemia
del tempo: riconoscerlo, proteggerlo, remunerarlo..... 249

Antonello De Oto, I cappellani militari italiani
nella prima guerra mondiale..... 267

Silvia Capasso, Appunti in tema di responsabilità
precontrattuale..... 285

Cristina Ciancio, ‘Sepolti vivi’. Paura tra *topos* letterario
e problema giuridico..... 345

Damigela Hoxha, La laurea in diritto nel Regno d’Italia
napoleonico. Il caso di Bologna..... 391

Matteo de Pamphilis, I contratti di consumo tra esigenze di
armonizzazione e nuovi modelli negoziali 411

Fatti e giudizi

Giovanni B. Varnier, L’omaggio della Accademia e degli amici
al professore Alessandro Albisetti..... 453

Recensioni..... 459

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868
Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli "estratti", a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@mucchieditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.