



I L D I R I T T O C O S T I T U Z I O N A L E D E L L A R E P U B B L I C A D I S A N M A R I N O N E L L A G I U R I S P R U D E N Z A D E L C O L L E G I O G A R A N T E

D I A U G U S T O B A R B E R A
P R E S I D E N T E D E L C O L L E G I O G A R A N T E
D E L L A C O S T I T U Z I O N A L I T À D E L L E N O R M E

Una premessa (e un ricordo)

Gli approfonditi scritti di Gilberto Felici, dedicato al “*Sindacato di costituzionalità in via diretta*” (in questa Rivista 2009, p.64 ss.), di Lamberto Emiliani, dedicato al “*Sindacato di legittimità in via incidentale*” (in questa Rivista 2009, p.81 ss.), di Giovanna Crescentini, dedicato al “*Procedimento davanti al Collegio Garante della costituzionalità delle norme*” (in questa Rivista 2010, p.41 ss.) mi consentono di rinviare ad essi per i temi generali relativi alla natura del sindacato di legittimità costituzionale, alle origini dello stesso nella Repubblica di San Marino, ai procedimenti per l’attivazione e lo svolgimento dei vari giudizi. In questo scritto mi limiterò quindi alla più significativa giurisprudenza che il Collegio Garante ha avuto modo di esprimere fin qui (fino al luglio 2011). Mi limiterò

alla giurisprudenza costituzionale lasciando da parte la pur ricca giurisprudenza elaborata dai singoli giudici in veste monocratica. In particolare, più che soffermarmi sui singoli “casi”, cercherò di individuare la progressiva enucleazione di principi e regole costituzionali, frutto della collaborazione fra il Collegio e i soggetti (la Magistratura in particolare) che ne hanno sollecitato l'intervento. E frutto altresì del colto e appassionato impulso iniziale impresso dal Primo Presidente del Collegio, il prof. Giorgio Lombardi, che ricordiamo con affetto e rimpianto.

I parametri di riferimento

Intanto il *parametro (anzi i parametri) di riferimento*. La specificità dello stesso nasce dal fatto che la Repubblica di San Marino non ha una costituzione scritta ma solo una (sia pur importante) “Dichiarazione dei Diritti” (approvata con la legge 59 del luglio 1974) e la presenza di consuetudini costituzionali, in parte riflesse nelle ancora per molti versi attuali “*Leges Statutae*” (si veda per esempio l'utilizzazione di queste ultime nelle Sentenze n.12 e n.13 del 2004 e n.13 del 2005). Consuetudini peraltro che in base all'art.16 della Dichiarazione dei Diritti possono essere oggetto di verifica di legittimità da parte del Collegio Garante creando possibili problemi -certo affascinanti sul piano teorico- di identificazione della natura della norma consuetudinaria. Quando essa ha natura costituzionale tanto da costituire un parametro di legittimità e quando può invece essere oggetto di scrutinio di legittimità?

Il tema è stato sfiorato con la Sentenza n.5 del 2010, confermata dalle Sentenze n.1, n. 2 e n. 3 del 2011 anche se nel caso di specie non si trattava di una effettiva consuetudine ma solo di una non consolidata prassi giurisprudenziale. In modo più ravvicinato il riferimento alle consuetudini è stato invece utile al fine di individuare le decisioni che possono formare oggetto della *querela nullitatis*, che la Sentenza n. 5 del 2007 ha esteso ad ogni tipo di decisione (nel caso di specie avverso le Sentenze del Giudice delle Appellazioni Civili nei processi per la repressione di condotte antisindacali, per le quali la legge escludeva ogni tipo di gravame).

Di *Interpretatio Principis* (vale a dire di interpretazione autentica) ha dovuto occuparsi la Sentenza n.1 del 2008 (richiamata dalla Sentenza n.4

del 2009) pervenendo alla conclusione che essa può considerarsi legittima a due condizioni: che la disposizione interpretata presenti ragionevoli dubbi di interpretazione e che, inoltre, la soluzione interpretativa adottata sia una delle soluzioni altrettanto ragionevolmente estraibili dalla disposizione oggetto di interpretazione autentica. In assenza di queste condizioni la legge interpretativa non potrebbe avere l'efficacia retroattiva implicita propria delle leggi di interpretazione autentica ed anzi -viene affermato in un *obiter dictum* della Sentenza n.1 del 2008 che ha suscitato interesse anche nella dottrina italiana- ove la legge di interpretazione autentica tenda a influire sulla soluzione di questioni sottoposte a un giudice questi possa sollevare conflitto di attribuzione per violazione del principio di separazione dei poteri.

Ma soprattutto la citata “Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell’Ordinamento Sammarinese” ha progressivamente assunto, anche sul piano formale, una posizione particolare nel sistema delle fonti acquisendo elementi propri delle Costituzioni rigide. Essa infatti pur avendo i caratteri iniziali di una legge ordinaria può essere ormai modificata con la maggioranza dei due terzi, vale a dire con un ampio consenso che va al di là delle transeunti maggioranze di governo, come avviene per le leggi costituzionali.

Ai parametri della Dichiarazione dei Diritti vanno necessariamente aggiunti dopo la riforma del 2002 (legge 36 del 2002) i parametri che si traggono dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, alla quale la Repubblica ha aderito con Decreto Reggenziale n. 22 del 9 marzo 1989. La Repubblica, infatti, in forza dell’art. 1 della medesima Dichiarazione dei Diritti, con formula incisiva, “*riconosce, garantisce e attua*” la Convenzione europea dei diritti dell’Uomo. Da tale riferimento deriva -diverse le decisioni in tal senso del Collegio Garante- che la Convenzione Europea ha ormai una posizione peculiare nel sistema delle fonti, in grado di integrare la stessa Dichiarazione dei Diritti, al pari delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, cui fa pure riferimento il primo comma dell’art. 1 della stessa Dichiarazione. Non è una collocazione consueta nel panorama europeo atteso che gli altri Stati del Consiglio d’Europa, pur aderendo ad essa, non sempre elevano la Convenzione a diretto parametro costituzionale.

I Diritti della persona

Le norme dell'uno e dell'altro Documento, della Dichiarazione dei Diritti e della Convenzione, pur non contenendo sempre puntuali “regole” analitiche fanno riferimento ai “principi” propri del costituzionalismo liberaldemocratico cui l'ordinamento costituzionale della Repubblica di San Marino intende ispirarsi. In tal senso opera la norma dell'art. 5 della Dichiarazione in base alla quale *“I diritti della persona umana sono inviolabili”*. Tale norma non può considerarsi meramente riassuntiva dei diritti analiticamente tutelati nella stessa Dichiarazione ma è, appunto, norma di apertura ai suddetti principi, propri del patrimonio costituzionale europeo. Una norma, in breve, a “fattispecie aperta” e che quindi rende assai delicato il lavoro del Collegio Garante (come di tutte le Corti costituzionali).

Alcuni principi, per quanto riguarda la materia penale, sono stati individuati soprattutto con la Sentenza 5 del 2006, sulle conclusioni della quale è opportuno soffermarsi.

In primo luogo il “*principio di legalità*” sia per quanto riguarda le fattispecie incriminatrici (*nullum crimen sine lege*) sia per quanto riguarda le pene (*nulla poena sine lege*). Ciò comporta, da un lato, che solo la legge, approvata dal Consiglio Grande e Generale, può prevedere le fattispecie di reato e le relative pene. Lo richiede sia la legittimazione democratica del Consiglio sia la qualità stessa della fonte, sottoposta a precise regole di pubblicità, soggetta al controllo di costituzionalità e a possibili interventi abrogativi da parte del corpo elettorale. In base a questo principio, inoltre, devono essere evitate sia l'inserimento di altre fonti (se non per la determinazione di elementi secondari della fattispecie incriminatrice) sia una eccessiva discrezionalità del giudice, evitando cornici edittali troppo ampie o pene indeterminate nel massimo. Peraltro il rispetto di tale principio giustifica la cautela mostrata nel prevedere sentenze di tipo additivo in materia penale *“non essendo possibile per questo Collegio dare vita a nuove fattispecie criminose o incidere in peius sulla risposta punitiva attraverso sentenze additive”* (così nella Sentenza n. 2 del 2010).

Collegato al primo è il principio della *“determinatezza e tassatività della fattispecie incriminatrice”*. Questo principio non è previsto espressamente ma si trae, nell'ordinamento di San Marino, dalla garanzia del diritto di difesa (art. 15 secondo comma della Dichiarazione e art. 6 della Convenzione).

La condotta vietata deve essere individuata dal legislatore con chiarezza e tecniche incriminatrici tali che il cittadino sia pienamente consapevole di ciò che è lecito o di ciò che è proibito. La fattispecie incriminatrice deve riferirsi a un fatto (rispettando il “principio di materialità”), precederlo (“divieto di retroattività”) ed essere inoltre così analitica e determinata da consentire la difesa, non essendo possibile difendersi da un’accusa indeterminata. Tale principio si rivolge sia al legislatore, imponendo precisione nella delineazione della fattispecie incriminatrice, sia all’interprete vietando il ricorso, *in malam partem*, alla analogia.

Altro principio, anch’esso collegato, è quello della “*personalità della responsabilità penale*”. La legge penale -a differenza di quella civile- non può addebitare un fatto che non sia riconducibile al soggetto attraverso un nesso di causalità materiale. Tale principio può trarsi, oltre che dai citati principi del costituzionalismo, dalla norma della Dichiarazione dei Diritti (art. 15, comma 4) che prevede che le pene siano “rieducative”, implicitamente riferite quindi a una condotta che era stata personalmente posta in essere da chi deve scontare la pena.

Deve quindi essere riscontrabile nella fattispecie incriminatrice la “*presenza di un atteggiamento di colpevolezza*” del soggetto. In base a tale principio non basta accertare l’antigiuridicità di un fatto ma sono da escludersi, oltre a forme di responsabilità oggettiva, forme di responsabilità per comportamenti non voluti, salvo che questi ultimi siano determinati da negligenza e fatti salvi, eccezionalmente, gli effetti preterintenzionali di comportamenti dolosi. Devono essere presenti un insieme di requisiti che consentano una riprovazione per la commissione del fatto, la presenza del dolo o della colpa, l’assenza di scusanti, la capacità di intendere e volere, la conoscibilità della norma violata. Tali principi possono trarsi sia dall’art. 15, quinto comma, della Dichiarazione dei Diritti, sia dall’art. 6, comma 2, della Convenzione Europea dei diritti che, pur riferiti alla presunzione di innocenza, fanno riferimento al concetto di “colpevolezza”, sia dallo stesso divieto di applicazione retroattiva della legislazione penale *in malam partem* previsto dall’art. 15 terzo comma della Dichiarazione dei Diritti e dall’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Infine -ecco la parte decisamente innovativa della Sentenza in questione, che ha avuto apprezzamenti anche nella dottrina italiana- è richiesta la “*offensività e la necessaria lesività del reato*”. Questo principio comporta

una duplice conseguenza: a) che la norma incriminatrice sia posta a tutela di un “bene giuridico” e non concerna la mera disobbedienza, priva di lesività per il bene tutelato (come si è detto nella citata sentenza: *vetita quia mala* e non *mala quia vetita*); b) che il sacrificio della libertà e dignità personale che possono conseguire alla previsione e applicazione di una norma penale incriminatrice trovino la loro base nella tutela di valori di rilevanza costituzionale.

Questo principio si trae dalla tutela dei diritti inviolabili assicurata dalla Dichiarazione dei Diritti. Se così non fosse ed essi potessero subire limitazioni non fondate su beni di rilevanza costituzionale, i diritti non sarebbero “inviolabili”; in particolare non sarebbe adeguatamente tutelato il diritto di libertà personale (ma anche la dignità e l’onore della persona) inciso dalla repressione penale. Tali beni devono trarsi in primo luogo dall’ordinamento costituzionale, vale a dire dalla stessa Dichiarazione dei Diritti e dalla Convenzione Europea che, come dicevamo, insieme compongono l’ordinamento costituzionale della Repubblica. Questi documenti costituzionali non costituiscono solo un “limite” per il legislatore penale ma in esso devono trovare un “fondamento” le stesse politiche di repressione penale.

Di diverso tenore i requisiti previsti per le sanzioni amministrative. Come sottolineato nella Sentenza n. 2 del 2009, è legittima la responsabilità solidale in caso di sanzioni amministrative per la violazione di norme della circolazione stradale (per l’applicazione delle quali -secondo la Sentenza n. 13 del 2005- deve tuttavia assicurarsi il pieno esercizio del contraddittorio e del diritto di difesa, ivi compresa l’ammissibilità di mezzi di prova). Le sanzioni amministrative peraltro possono, e a certe condizioni devono -secondo la Sentenza 12 del 13 aprile 2005 sul punto assai innovativa e citata in riviste italiane di giurisprudenza- essere graduate dal Giudice in relazione alle condizioni economiche e personali del soggetto tenuto al pagamento delle stesse. Applicare una sanzione di medesimo importo prescindendo dal valore economico dei risultati conseguiti violando la norma potrebbe essere ingiusto per i più deboli contravventori e non adeguatamente disincentivante per i grossi operatori economici.

La sinergia fra Dichiarazione dei Diritti e Convenzione europea ha inoltre consentito al Collegio Garante di sancire che il principio della “*speditezza dei processi*”, cui detti documenti fanno riferimento, e quindi della loro durata ragionevole, è principio costituzionale che si affianca ai diritti

dell'imputato, richiedendo un "ragionevole" bilanciamento con gli stessi. In ogni caso deve essere inibito l'uso ostruzionistico dei poteri processuali riconosciuti all'imputato (così, tra le altre nella Sentenza 7 del 2011, e prima ancora la citata sentenza n. 2 del 2010, che ha consentito la ripresa di un processo bloccato da ripetute istanze di ricusazione e richieste di astensione).

Importante, infine, per quanto riguarda il diritto di proprietà quanto sostenuto nella Sentenza 2 del 2008 in base alla quale "*il diritto di proprietà non può essere identificato con lo ius aedificandi*". Ne deriva per il Collegio una importante conseguenza (che va al di là del modesto caso deciso): che le limitazioni al diritto di edificare non si traducono necessariamente in limitazioni del diritto di proprietà costituzionalmente tutelato, rimanendo nella piena disponibilità del legislatore vietare, disciplinare o limitare il diritto di costruzione.

Meno frequente è stata l'utilizzazione da parte del Collegio del principio di ragionevolezza, massicciamente presente, invece, nella giurisprudenza di altre Corti, al fine di giungere a sentenze additive (v. Sentenza 2 del 2006); a tali tipi di sentenza si è fatto ricorso solo allorché sono venuti in gioco diritti fondamentali dei cittadini, per esempio il diritto alla salute del detenuto (Sentenza n. 4 del 2008). Non è stato invece possibile utilizzare il riferimento al principio di "ragionevole eguaglianza" nel caso del diverso trattamento tributario di cittadini di diversa nazionalità (Sentenza n. 5 del 2011); riferimento che si sarebbe potuto porre in contraddizione con la "sovranità fiscale" della Repubblica.

Il sistema delle fonti

Il sistema delle fonti della Repubblica di San Marino -dopo la introduzione, con la riforma del 2002, dell'art. 3 bis della Dichiarazione dei Diritti- deve ormai considerarsi un sistema "chiuso" che trova una propria tipizzazione nella superiore fonte costituzionale. Ma non sempre il Collegio ha avuto l'occasione per intervenire sul punto in modo organico e compiuto. Ed è proprio su questo terreno che si sono posti -e si porranno- per il Collegio Garante delicati problemi (da ultimo affrontati con la Sentenza 1 del 2008) sia di sistemazione delle fonti affastellate nel corso di una secolare attività normativa sia di corretta collocazione delle nuove fonti previste dalla

Dichiarazione dei Diritti, ivi compresa la distinzione fra leggi di revisione costituzionale, leggi costituzionali e leggi qualificate.

I problemi aperti sono tanti (che hanno investito persino la distinzione fra “entrata in vigore” e “termine iniziale di applicazione” affrontata nella Sentenza 2 del 2007): ricordo che le Sentenze n. 2 e n. 3 del 2004 hanno dovuto anche affrontare il tema assai complesso della natura degli atti che recepiscono gli accordi fra Governo e Sindacati escludendone la natura legislativa, anche se “delegati” al Congresso di Stato e sottoposti a “presa d’atto” del Consiglio Grande e Generale.

Ricordo ancora che in materia di decreti legge la Sentenza n. 4 del 2007 ha dovuto ribadire che l’invito ad adottare un decreto legge da parte del Consiglio Grande e Generale non giustifica di per sé il provvedimento d’urgenza che deve possedere “*obbiettive ragioni di straordinaria necessità ed urgenza*”. Nella stessa Sentenza, sia pure in un *obiter dictum*, si sottolinea che i decreti legge non possono modificare la legislazione vigente ma solo derogare ad essa per straordinarie necessità adottando “*provvedimenti*” e non “*norme*” destinate a modificare l’ordinamento

Una strada tutta da percorrere, ma aperta dalla Sentenza n. 1 del 2008, riguarda la sindacabilità da parte del Collegio di quegli atti regolamentari che pur non rivestendo la forma della legge, o dei tradizionali atti equiparati, tuttavia ne presentano la stessa forza.

Da aggiungere, infine, che l’intreccio delle fonti nella Repubblica di San Marino è ulteriormente reso complesso dal rapporto fra la legge e gli indirizzi espressi dai quesiti referendari di tipo propositivo. Con le Sentenze 20 del 2005 e 3 del 2007 è stato affermato il principio (anche se non applicato nel caso ivi affrontato) che una legge in attuazione di un indirizzo espresso in un quesito propositivo può essere censurata per illegittimità costituzionale ove si discosti dagli indirizzi incorporati nel quesito stesso.

Il Sindacato della Reggenza

Al Sindacato della Reggenza sono dedicate la Sentenza 5 del 2004 e la Sentenza n. 8 del 2011. Si tratta di una assai delicata competenza del Collegio che rischia di sconfinare in un sindacato di ordine politico, estraneo alla attività delle Corti costituzionali. Per fortuna non ci siamo trovati di fronte

a casi assai burrascosi, come quelli che nei decenni scorsi hanno contrassegnato questa funzione. In entrambi i casi si è trattato di sindacato relativo alla Presidenza da parte dei Capitani Reggenti dei lavori del Consiglio Grande e Generale. In un caso ci si è attenuti alla regola del *nemine contra dicente* che può essere considerata base ispiratrice, anche se non espressa, dei lavori di quel consesso parlamentare. Nell'altro caso il Collegio è dovuto intervenire in presenza di un grave conflitto fra maggioranza ed opposizione.

Gli orientamenti in materia referendaria

Numerose le Sentenze relative alla materia referendaria (34 decisioni) e ai limiti che i vari tipi di referendum incontrano. Mi limito a ricordare due tendenze emerse nella giurisprudenza del Collegio. In primo luogo la affermazione che i limiti all'iniziativa referendaria, peraltro previsti dalla legge ordinaria, sono da considerarsi come limiti eccezionali, e quindi di stretta interpretazione, in quanto volti a limitare l'esercizio in forma diretta della sovranità popolare (Sentenza n. 4 del 2004). Un orientamento, sotto questo profilo, più rigoroso rispetto a quello assunto dalla vicina Corte italiana che, al contrario, ha applicato estensivamente tutti i limiti alla iniziativa referendaria.

Altro orientamento da segnalare concerne la ammissibilità anche di quei referendum che si traducano in un mero indirizzo politico senza implicare necessariamente la redazione di un progetto di legge (così nella Sentenza n. 4 del 2011). La formulazione degli artt. 2 e 25 della Legge n.101/1994 che fanno riferimento alla redazione di appositi progetti di legge da parte del Congresso di Stato per dare seguito alla iniziativa referendaria avrebbero potuto fare giungere alla conclusione che il referendum “propositivo o di indirizzo” debba necessariamente avere come esito, in caso di approvazione del quesito, una iniziativa legislativa e non un mero indirizzo politico. Pur facendo sempre riferimento in modo disgiunto a referendum “propositivi” o di “indirizzo” la legge non disciplina questi ultimi in modo compiuto, distinguendoli da quelli “propositivi”. Ma una corretta lettura della legge in chiave sistematica ha indotto il Collegio a ritenere che l'articolo 25 non prevede che a un referendum propositivo debba seguire, sempre e necessariamente, una iniziativa legislativa ma che questa sia necessaria solo nell'ipotesi in

cui questo sia, appunto, l'obbiettivo del referendum. E' da ritenersi, infatti -come si trae dalla dizione stessa- che tali tipi di referendum possono avere caratteristiche sia propositive, volte cioè a promuovere l'approvazione di una puntuale legge, sia di puro indirizzo politico, volte cioè a indirizzare l'attività degli organi costituzionali ad una complessiva attività politica e legislativa riferita ad un determinato obbiettivo. Sarebbero invece esclusi -come espressamente affermato nella Relazione che accompagnava il citato progetto di legge- i referendum di mero "indirizzo amministrativo", la cui attività conseguente si tradurrebbe nell'approvazione di atti amministrativi.

In conclusione

Le Corti costituzionali appartengono ormai al patrimonio del costituzionalismo occidentale. Dopo la Corte costituzionale italiana del 1948 e quella tedesca del 1949 (che si differenziavano per il loro carattere "accentrato" dalla plurisecolare Suprema Corte degli Stati Uniti) ormai tutte le democrazie dell'Occidente hanno un sistema di giustizia costituzionale: prima le giovani democrazie postfasciste della Spagna e del Portogallo poi quelle postcomuniste dell'Est. Da ultimo la Repubblica di San Marino. Il lavoro da esse svolto è assai delicato investendo la stessa legittimità degli atti dei Parlamenti. Hanno potuto svolgere una funzione positiva allorché sono riuscite ad evitare un duplice pericolo: la contrapposizione ai Parlamenti o la piatta subordinazione alle scelte degli stessi. E' quello che il Collegio Garante ha cercato di evitare. Lo stesso ricorso alle sentenze "additive", spesso sollecitato dai giudici remittenti, attenti al "caso concreto", appare più un elemento di integrazione, ammodernamento e correzione "adeguatrice" della legislazione che di contrapposizione alla stessa (così come ha cercato di evitare un conflitto fra poteri, in un caso che investiva tensioni all'interno della Magistratura: v. Sentenze nn. 12 e 13 del 2004). Una forma di collaborazione, quindi, fra gli organi della Repubblica, utile a integrare anche possibili vuoti normativi.