

MIRYAM IACOMETTI

**IL REQUISITO DELLA *ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL*:
VERSO L'OGGETTIVAZIONE DEL *RECURSO DE AMPARO* IN SPAGNA?**



giuffrè editore - 2011

Estratto dal volume:

**ALLE FRONTIERE DEL DIRITTO
COSTITUZIONALE**

Scritti in onore di
VALERIO ONIDA

MIRYAM IACOMETTI

IL REQUISITO DELLA *ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL*: VERSO L'OGGETTIVAZIONE DEL *RECURSO DE AMPARO* IN SPAGNA?

SOMMARIO: 1. Le recenti innovazioni legislative riguardanti il *recurso de amparo*. — 2. Le prime ordinanze del Tribunale costituzionale sul requisito della speciale rilevanza costituzionale. — 3. La "flessibilità" nell'interpretazione del requisito. — 4. L'«esfuerzo de concreción» della *especial trascendencia constitucional* da parte del Tribunale costituzionale: la sent. n. 155 del 2009. — 5. I casi di applicazione del "nuovo" *amparo*. — 6. Qualche considerazione conclusiva.

1. *Le recenti innovazioni legislative riguardanti il recurso de amparo.*

Il *recurso de amparo*, il più significativo strumento con il quale il sistema spagnolo, finalmente risorto a vita democratica dopo la lunga parentesi franchista, intendeva proteggere i diritti fondamentali, ha costituito forse la competenza del Tribunale costituzionale spagnolo che più ha attratto la dottrina italiana, interrogatasi più volte sulla opportunità di introdurre anche nel nostro ordinamento costituzionale un tale meccanismo⁽¹⁾.

(1) In genere gli autori italiani non si sono espressi con particolare favore su tale possibile introduzione, anche se non sono mancate autorevoli prese di posizione non contrarie all'apertura del nostro sistema allo strumento dell'*amparo*. Tra queste va ricordata proprio quella di Valerio Onida, espressa in *Relazione*, AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 64 s. e in *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in L. CARLASSARE (coord.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 188 ss., sul contributo del quale (così come su altri significativi interventi dottrinali e su iniziative di riforme costituzionali in tema, quale quella della Commissione bicamerale nel 1997) si cfr. l'interessante saggio di R. ROMBOLI, *La reforma del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en España y la introducción de un recurso individual y directo en Italia*, in *ReDCE*, 2009, n. 11, 339 ss., consultato in www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/11RobertoRomboli.htm. Di quest'ultimo autore, contrario all'introduzione del ricorso diretto nell'ordinamento italiano, si cfr. anche *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale e introduzione del ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (cur.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 631 ss. Sullo stesso tema, ma orientandosi per una valutazione favorevole all'introduzione del ricorso e con l'esame delle proposte legislative e della dottrina, E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e*

Se, in linea di principio, non vi è dubbio che l'*amparo*, in quanto ricorso diretto del soggetto leso in un diritto fondamentale, manifesti, per usare le espressioni di Valerio Onida, un elevato «significato civile», contribuendo «a rendere più solida la fiducia dei consociati nelle istituzioni»⁽²⁾, proponendosi anche come uno strumento che può colmare possibili vuoti nella tutela costituzionale⁽³⁾, in modo altrettanto indubitabile l'applicazione concreta di tale ricorso non è stata nel sistema spagnolo sempre all'altezza delle aspettative. Come è ben noto, infatti, pur avendo assicurato una significativa tutela dei diritti fondamentali, disciplinati negli artt. da 14 a 30, 2 comma, della Costituzione, il *recurso de amparo* ha trasformato il Tribunale costituzionale in un'ultima istanza per la garanzia di molte posizioni giuridiche di natura processuale⁽⁴⁾, costringendolo a con-

l'accesso alla giustizia costituzionale, Padova, 2003, 141 ss. Per le diverse e talora opposte considerazioni della dottrina italiana sull'utilità del ricorso diretto, anche S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (cur.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 102 ss.

⁽²⁾ Per questa «dimensione simbolica» del ricorso, che sarebbe però, in Spagna, più apparente che reale, P. LÓPEZ PIETSCH, *Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 1998, n. 53, 147 ss.

⁽³⁾ Così V. ONIDA, *La Corte e i diritti*, cit., 182 ss. e 189, il quale, pur non riconoscendo i problemi di funzionamento della Corte costituzionale, che potrebbero essere originati dall'introduzione di un tale ricorso, enumera le possibili ipotesi in cui questo potrebbe essere utile, non traducendosi in una «duplicazione» rispetto agli strumenti esistenti. Su questo problema si è interrogata la dottrina italiana, considerando il ricorso diretto come potenzialmente utile nei casi nei quali sia difficilmente attivabile il giudizio incidentale sulle leggi, anche se tale ultimo meccanismo, nel nostro sistema, in mancanza di ricorso diretto, ha garantito i diritti fondamentali, instaurando un legame «virtuoso» tra Corte costituzionale e giudici ordinari, assai diverso dal non facile rapporto che si è invece talora realizzato, a causa dell'*amparo*, tra *Tribunal Constitucional* e giudici comuni in terra spagnola. Su tali temi, R. ROMBOLI, *La riforma del recurso de amparo*, cit., 344 ss. L.M. DíEZ-PICAZO, *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 1994, 40, 36 s., ha ricordato, però, che è ben diverso nel sistema spagnolo, rispetto a quello italiano, l'uso della questione di costituzionalità, poiché in Spagna sono relativamente poche le leggi promulgate (in contrapposizione a quanto è di solito avvenuto nel nostro sistema). Inoltre, nell'ordinamento iberico (sino alle modifiche introdotte con la legge organica n. 6 del 2007), le parti del processo *a quo* non erano ammesse ad intervenire nel processo di fronte al Tribunale costituzionale.

⁽⁴⁾ La «colpa», se così si può dire, di tale progressiva degenerazione dell'*amparo* non è solo dovuta alla disciplina del ricorso, ma è anche in parte ascrivibile all'organo di controllo della costituzionalità che non ha esitato a interpretare in modo forse eccessivamente generoso l'art. 24, comma 1, sulla *tutela judicial efectiva* e il comma 2 dello stesso articolo dedicato ad un processo equo, considerando parte di queste pur essenziali posizioni giuridiche numerosi aspetti di natura processuale. Per una simile diagnosi, L.M. DíEZ-PICAZO, *Dificultades prácticas y significado constitucional*, cit., 15 s. In tema anche M. REVENGA SÁNCHEZ, *Las paradojas del recurso de amparo tras la primera década de jurisprudencia con-*

trollare nella maggior parte dei casi atti emanati dal potere giurisdizionale⁽⁵⁾. L'elevatissimo numero dei ricorsi di *amparo* presentati (pur a fronte dell'assai ridotta soglia di ammissione dei medesimi⁽⁶⁾), le conseguenti lunghe «liste di attesa»⁽⁷⁾ per la loro risoluzione e l'autentica impossibilità che il Tribunale costituzionale potesse efficacemente funzionare proprio a causa di tali ricorsi, riducendosi la sua attività di controllore delle leggi⁽⁸⁾ e di risolutore dei conflitti tra Stato ed autonomie, ha imposto alcune riforme della legge organica n. 2 del 1979 sul Tribunale costituzionale, allo scopo di invertire tale tendenza⁽⁹⁾.

Già nel 1988 la legge organica era stata novellata per modificare la formulazione letterale con la quale era indicato uno dei requisiti più significativi di inammissibilità del ricorso, consistente nella manifesta mancanza di contenuto del medesimo, che giustificasse una decisione nel merito (art. 50. 1 c) della legge organica)⁽¹⁰⁾, consentendo alle Sezioni del Tribunale costituzionale (composte da solo tre giudici sui dodici che compongono l'organo plenario) di valutare in modo più celere, rispetto al passato, l'ammissi-

stitucional (1981-1991), in *Rev. española de derecho constitucional*, 1994, n. 41, 30, che ha definito l'*amparo* una «casación constitucional».

⁽⁵⁾ Nonostante la sfiducia verso il potere giudiziario (e più in generale verso i pubblici poteri, poco adusi ai nuovi principi costituzionali democratici) da cui origina lo strumento dell'*amparo*, non si può dire che gli organi della giurisdizione non siano stati complessivamente rispettosi dei diritti fondamentali, se si considera il numero ridotto di atti giurisdizionali annullati dal Tribunale costituzionale in esito a giudizi di *amparo*. Per tale tema, J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la ley orgánica del Tribunal Constitucional)*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2010, n. 88, 43.

⁽⁶⁾ Come ha da ultimo ricordato J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 40 la percentuale delle inammissibilità supera il 95% dei ricorsi presentati. L'ultima *Memoria* del Tribunale costituzionale disponibile in cui sono raccolti i dati riguardanti l'attività dell'organo riguardante il 2009, individua nel 96,3% i casi di ricorsi di *amparo* non ammessi.

⁽⁷⁾ Si è calcolato che, prima dell'approvazione della legge organica n. 6 del 2007, il tempo per giudicare dell'*amparo* si aggirasse tra i tre e i cinque anni. Così M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2009, n. 85, 13 e J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 39, nota n. 1.

⁽⁸⁾ Per una critica alla credenza che la giustizia costituzionale debba occuparsi prevalentemente delle leggi, che in Spagna (specie in comparazione con il sistema italiano) sarebbero in numero relativamente ridotto e comunque assai meno rilevante rispetto a quello degli atti normativi di natura secondaria, L.M. DíEZ-PICAZO, *Dificultades prácticas y significado constitucional*, cit., 36 s.

⁽⁹⁾ Sugli scopi della riforma, M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la Ley Orgánica*, cit., 13.

⁽¹⁰⁾ Sul fatto che tale criterio, così ambiguo ed indeterminato, fosse stato appositamente introdotto per garantire al Tribunale costituzionale la possibilità di non ammettere un elevato numero di ricorsi e sull'uso di tale criterio, si cfr. H. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid, 2009, 203 s.

sibilità della domanda⁽¹¹⁾, senza che però le innovazioni introdotte⁽¹²⁾ riuscissero a modificare il pericoloso *trend* cui era ormai informato l'uso (o forse si dovrebbe dire l'abuso) di tale strumento⁽¹³⁾.

A fronte del sempre più significativo accrescersi dei ricorsi, sin dall'inizio degli anni '90 la dottrina, riflettendo sulla natura dell'*amparo constitucional*, come ricorso eccezionale e straordinario e sull'importante ruolo ormai assolto dai giudici nella garanzia dei diritti fondamentali⁽¹⁴⁾, aveva auspicato che l'organo costituzionale non fosse più «obbligato» ad ammettere qualunque domanda di *amparo* che non mancasse manifestamente di contenuto⁽¹⁵⁾, orientandosi a considerare non solo il profilo soggettivo del ricorso, ma specialmente l'aspetto oggettivo del medesimo.

(11) Gli atti con i quali le Sezioni decidevano dell'ammissibilità del ricorso, le *providencias*, non avrebbero dovuto essere motivate, ma indicare solo «el supuesto» della inammissibilità. Nella prassi, tuttavia, si indicarono i motivi di inammissibilità talora con grande impiego di tempo dei giudici e dei loro consulenti. In tema, D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial transcendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2010, n. 25, 501; H. LOSADA GONZÁLEZ, *Admisión en el recurso de amparo*, in M. ARAGÓN REYES (dir.), C. AGUADO RENEDEO (codir.), *Derechos fundamentales y su protección, Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, 2011, 91. Sulla timidezza con la quale il Tribunale costituzionale ha fatto uso delle *providencias* non motivate, motivandole, E. ALBERTI, H. ALCARAZ, P. BON, P. CAMBOT, O. LECUCQ, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Espagne*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle 2008*, Paris, Aix-en-Provence, 2009, 632. Nella dottrina italiana sulla scarsa funzionalità, ma anche sulla «pericolosità» della riforma introdotta dalla l.o. n. 6 del 1988 perché questa avrebbe consentito una forma di selezione dei ricorsi «assai libera nei suoi presupposti sostanziali», R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale*, cit., 637. Sul pericolo insito in tale clausola, anche F. RUBIO LLORENTE, *El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la ley orgánica 6/1988)*, in *La forma del poder*, Madrid, 1997, 529.

(12) Per una critica alla l.o. n. 6 del 1988, F. RUBIO LLORENTE, *El trámite de admisión del recurso de amparo*, cit., 525 ss.

(13) Si è verificato un autentico abuso del ricorso, in gran parte dovuto all'atteggiamento spregiudicato, nel presentare tale ricorso, dei patrocinatori legali delle parti. Usa espressamente il termine «abuso» a riguardo, L.M. DÍEZ-PICAZO, *Dificultades prácticas y significado constitucional*, cit., 11. Sulla difficoltà di trovare soluzioni che possano dissuadere i cittadini (e specialmente i loro consulenti giuridici) a presentare ricorsi, Á. FIGUERUELO BURRIEZA, *La actual reforma del recurso constitucional de amparo*, in [www.iidpc.org/pdf/doctrinaR6/Figueruelo.pdg.](http://www.iidpc.org/pdf/doctrinaR6/Figueruelo.pdg), 7.

(14) Per una ricostruzione del dibattito dottrinale a riguardo che sarebbe iniziato con le *ponencias* di P. Cruz Villalón e di P. Pérez Tremps al Congresso di Siviglia del 1991, raccolte in AA.VV., *Los procesos constitucionales*, Madrid, 1992, L.M. DÍEZ-PICAZO, *Dificultades prácticas y significado constitucional*, cit., 9 ss. Su questo tema anche M. REVENGA SÁNCHEZ, *Las paradojas del recurso de amparo*, cit., 31; P. LÓPEZ PIETSCH, *Objetivar el recurso de amparo*, cit., 137, nota n. 57.

(15) In tal senso P. CRUZ VILLALÓN, *Sobre el amparo*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 1994, 18, che chiarisce il senso della ricordata relazione al Congresso di Siviglia.

Proprio adottando questa prospettiva, una nuova riforma è stata approvata con la legge organica n. 6 del 2007, allo scopo di introdurre una diversa «filosofia» dell'*amparo*. Oltre al nuovo meccanismo di ammissione del ricorso, di cui ora si dirà e che costituisce una delle più significative innovazioni, la legge organica del 2007 ha introdotto altre utili riforme: ha aumentato la capacità di lavoro del Tribunale costituzionale affidando non solo alle *Salas*, composte da sei membri del *Tribunal*, ma anche alle *Secciones*, formate da soli tre membri del medesimo, la risoluzione dei giudizi di *amparo* (nell'ipotesi in cui si debba applicare un orientamento consolidato dell'organo)⁽¹⁶⁾; ha disciplinato in modo innovativo rispetto al passato il cosiddetto *incidente de nulidad de actuaciones*, previsto dall'art. 241.1 della legge organica n. 6 del 1985 sul potere giudiziario, consentendo ai giudici ordinari di intervenire assai più ampiamente per garantire i diritti fondamentali e salvaguardare la natura sussidiaria dell'*amparo* di fronte al Tribunale costituzionale⁽¹⁷⁾. Di quest'ultimo ricorso, del quale non può essere negato un profilo di difesa obiettiva della Costituzione⁽¹⁸⁾, si è inteso implementare la dimensione oggettiva, non più ritenendolo ammissibile⁽¹⁹⁾.

(16) Nel 2009 delle 177 sentenze emesse per risolvere *amparos*, 38 sono state decise dalle Sezioni, mentre nel 2008 su 165 decisioni riguardanti ricorsi di *amparo* solo 21 sentenze erano state emesse dalle Sezioni.

(17) Per un breve, ma esauriente esame della diverse discipline di tale *incidente*, sino alla l.o. 6 del 2007, J. PÉREZ ROYO, (rev. da M. CARRASCO DURÁN), *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, 472 ss.

(18) Sull'esistenza di un aspetto oggettivo dell'*amparo*, già evidenziato dalla sent. n. 1 del 1981, la prima decisione emessa dal Tribunale costituzionale e proprio risolutiva di un ricorso di *amparo*, E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 124. Per la notazione che non solo nell'ordinamento spagnolo esista una «continua (e in parte forse ineliminabile) oscillazione del ricorso diretto tra l'essere strumento di protezione privilegiato dei diritti individuali... e veicolo per la risoluzione di questioni di interesse e di portata generale», S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, cit., 83. Sulla difficoltà però di coniugare la funzione soggettiva dell'*amparo* con il suo profilo oggettivo (da sempre sussistente, come si è detto) ma che oggi si vuole accrescere esponenzialmente e sulla necessità di lasciare spazio alla dimensione soggettiva quando il pregiudizio del ricorrente sia «realmente grave» o il danno sia «di carattere esistenziale» e ne minacci la sfera vitale, aderendo all'orientamento di P. Cruz Villalón, M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión*, cit., 291 ss. e 302, il quale in questa gravità del danno identifica uno degli aspetti della specialità della rilevanza costituzionale del ricorso.

(19) La valutazione dell'ammissibilità del ricorso è affidata alle *Secciones* del Tribunale che dovranno deciderla all'unanimità dei loro tre componenti. Nel caso in cui tale unanimità manchi saranno le *Salas* a decidere. L'atto con il quale si giudica dell'esistenza dei requisiti di ammissibilità è, come in passato, una *providencia*, cioè un'ordinanza non motivata in cui deve essere solo indicato il motivo di inammissibilità. L'impugnazione della *providencia* è consentita solo al Pubblico Ministero, non al ricorrente. Sulla problematicità di tale impugnazione, data la mancanza di motivazione dell'atto, Á. FIGUERUELO BURRIEZA, *La actual reforma del recurso*, cit., 15 s., la quale ricorda che nel corso del procedimento di approvazione della legge organica di riforma il gruppo parlamentare del *Partido Popular* al Congresso aveva presentato un emendamento destinato a trasformare la *provi-*

ove non si fossero riscontrate, in sede di controllo preventivo, delle cause di inammissibilità, ma considerandolo come presentabile solo qualora fosse dimostrata dal ricorrente, ai sensi del combinato disposto degli artt. 49.1 e 50.1 b) della legge organica n. 2 del 1979, dopo la modifica introdotta nel 2007, una sua speciale rilevanza costituzionale per l'interpretazione della Costituzione, per la sua applicazione od efficacia generale e per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali⁽²⁰⁾.

Naturalmente non sono mancate perplessità sia sull'effettiva utilità di tale nuovo meccanismo riguardante il *trámite de admisión* per risolvere la grave crisi nel funzionamento dell'organo di controllo⁽²¹⁾, sia sulla indeterminatezza della nuova causa di ammissibilità. La dottrina, valutando la novella legislativa, rilevava come la nozione di speciale rilevanza costituzionale, pur interpretata alla luce delle diverse ipotesi indicate dalla legge⁽²²⁾, fosse un concetto giuridico indeterminato⁽²³⁾, di non facile concretizza-

dencia in un *auto*, cioè in un'ordinanza motivata, emendamento che non fu però accolto. Sulla possibile lesione del diritto di difesa e al giusto processo disciplinato nell'art. 24 Cost. (e nell'art. 6 della Convenzione sui diritti dell'uomo) per mancanza di motivazione della *providencia*, e dunque sulla necessità di tale motivazione, F.J. MATÍA PORTILLA, *La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2009, n. 86, 365 ss. Sulla impugnazione del Pubblico Ministero come non lesiva della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla possibile impugnazione da parte del ricorrente di fronte alla Corte di Strasburgo della decisione del Tribunale costituzionale, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2010. I. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2010, n. 89, 239. Per una comparazione tra il nuovo meccanismo di ammissione del ricorso e quello precedente, rilevando che non c'è un eccessivo risparmio di tempo, anche se si sono certamente ridotte le attese dei ricorrenti con riguardo alla valutazione dell'ammissibilità grazie allo sforzo profuso negli ultimi anni dal Tribunale costituzionale, J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 76 ss.

⁽²⁰⁾ Per un'esame dei criteri indicati dalla norma, rilevando che il primo e l'ultimo di questi riguardano profili di natura sostanziale, M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión*, cit., 247 ss.

⁽²¹⁾ In tal senso, ad esempio, G. FERNÁNDEZ FARRERES, in M. CARRILLO (coord.), G. FERNÁNDEZ FARRERES, E. FOSSAS ESPADALER, Á. GARRORENA MORALES, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Valencia, 2008, 145, il quale rileva che il ritardo endemico del Tribunale è dovuto alla necessaria valutazione della ammissibilità del ricorso, un'attività nella quale, pur dopo la riforma del 2007, i giudici saranno sempre impegnati per esaminare la speciale rilevanza costituzionale.

⁽²²⁾ Di quattro concretizzazioni della speciale rilevanza costituzionale dunque si tratterebbe, se si distingue l'importanza del ricorso per la applicazione della Costituzione, dalla sua importanza per la generale efficacia della medesima, come fa nell'esame dei differenti criteri utilizzati dalla legge organica, J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 61.

⁽²³⁾ Sull'uso di tale nozione, D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 498. Su tale *expresión jurídica indeterminada*, Á. FIGUERUELO BURRIEZA, *La actual reforma del recurso*, cit., 14.

zione⁽²⁴⁾. Riteneva, inoltre, contraddittorio attribuire ad una piccola parte dell'organo di controllo, una Sezione, la valutazione di una questione che fosse a tal punto significativa da poter essere dotata di speciale rilevanza costituzionale. Rifletteva, inoltre, sul se lo strumento per assicurare garanzia ai diritti fondamentali, affidato al Tribunale costituzionale, non si fosse così profondamente trasformato da stravolgere il meccanismo andato a regime dopo l'approvazione della legge organica n. 2 del 1979, da un lato, sempre più assimilandolo ad un sistema di valutazione discrezionale molto simile al *certiorari* statunitense⁽²⁵⁾, dall'altro, riducendo in modo eccessivo la centralità che dovrebbe avere in questo tipo di sindacato il fine di riparare alla lesione di un diritto fondamentale.

Proprio su quest'ultimo aspetto, che è forse quello di maggior rilievo, subito dopo l'approvazione della riforma della legge organica era nato un notevole dibattito, dato che la decisa tendenza all'oggettivazione del ricorso di *amparo* si fondava, come è stato esattamente notato, sull'esistenza «su piede di uguaglianza» per ricostruire il criterio di ammissibilità⁽²⁶⁾, della denuncia della probabile lesione di un diritto fondamentale e sulla speciale rilevanza costituzionale, introdotta dall'art. 50. 1 b) della legge organica⁽²⁷⁾. Mentre nel sistema precedente anche l'esistenza di una relativamente ridotta lesione del diritto fondamentale avrebbe potuto garantire l'ammissibilità del ricorso⁽²⁸⁾, assumendo tale lesione un «protagonismo

⁽²⁴⁾ Di «enigmatica categoria» e di «arcano» parla, a questo proposito, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2008. I. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2009, n. 85, 229 e 231.

⁽²⁵⁾ Sul fatto che il nuovo meccanismo di ammissibilità del ricorso di *amparo* in realtà non possa ritenersi un sistema analogo al *certiorari* statunitense, anche se non sarebbe incostituzionale l'introduzione di un tale strumento in terra spagnola, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico del amparo: la ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la LOTC*, in Id., *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado, Tomo III, La justicia constitucional en América Latina y en España*, Madrid, 2009, 960. Ritengono che l'attuale sistema spagnolo sia «molto vicino» al *certiorari* (anche se la novella legislativa avrebbe potuto essere interpretata dal Tribunale costituzionale in modo da non modificare sostanzialmente l'ampio orientamento precedente ove l'organo di controllo avesse ritenuto che giudicare sulla lesione di un diritto fondamentale consentisse di garantire l'efficacia della Costituzione), E. ALBERTI, H. ALCARAZ, P. BON, P. CAMBOT, O. LECUCQ, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Espagne*, cit., 632 s.

⁽²⁶⁾ Per un attento esame delle condizioni processuali e sostanziali su cui si fonda l'ammissibilità del ricorso, oltre al requisito della speciale rilevanza costituzionale, H. LOSADA GONZÁLEZ, *Admisión en el recurso de amparo*, cit., 89.

⁽²⁷⁾ J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 55.

⁽²⁸⁾ Va ricordato, però, che, in passato, con l'*auto* n. 248 del 19 settembre del 1994, la *Sala Primera* del Tribunale costituzionale aveva ritenuto inammissibile un *amparo* per il ridotto rilievo economico della pretesa che ne era l'oggetto (un reclamo di 7.710 *pesetas*). In tema, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Hacia la objetivación del amparo constitucional (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994)*, in

quasi esclusivo»⁽²⁹⁾, quanto al nuovo *amparo* ci si chiedeva se l'esistenza di una lesione di particolare rilievo potesse attivare il giudizio del Tribunale costituzionale. Non era mancato infatti chi, criticando la nuova disciplina prevista dalla legge organica per l'insufficiente rilievo che essa assegnava alla riparazione della lesione di un diritto soggettivo, tentando di interpretare le diverse ipotesi di speciale rilevanza costituzionale previste, riteneva che in particolare una di queste, quella legata alla applicazione della Costituzione, potesse «abrir un portillo» alla tutela delle violazioni di posizioni giuridiche soggettive di particolare gravità⁽³⁰⁾. Ed anche chi aveva inizialmente ritenuto che l'oggettivizzazione dell'*amparo* fosse il miglior sistema per ovviare alla grave situazione creatasi, era ritornato ad interrogarsi sulla effettiva utilità di questa riforma e sulla sua costituzionalità, proprio alla luce della natura eminentemente soggettiva del ricorso, introdotto dalla Carta fondamentale per garantire dalle lesioni dei diritti fondamentali⁽³¹⁾.

Rev. española de derecho constitucional, 1994, n. 42, 153. L'autore ritiene che il far rientrare nella mancanza di contenuto che non consenta al Tribunale di decidere il merito del ricorso la «irrelevanza materiale della lesione denunciata», non abbia costituito una interpretazione forzata della formulazione letterale della causa di inammissibilità del ricorso contenuta nell'art. 50.1.c della l. o. 2 del 1979 (come modificato dalla l.o. 6 del 1988), anche se sarebbe stato meglio che fosse il *Pleno* non una *Sala* del Tribunale costituzionale a fornire tale esegesi della norma. In tema anche E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 131, la quale sottolinea, ricordando una significativa considerazione di P. Pérez Tremps, che talvolta lo scarso rilievo economico della questione potrebbe celare rilevanti profili costituzionali. Un altro esempio di inammissibilità dell'*amparo* dovuto alla ridotta rilevanza economica della pretesa è l'*auto* n. 182 del 1997 sul quale J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 70 s., note nn. 102 e 104. Tale autore sottolinea che il Tribunale costituzionale non avrebbe poi dichiarato inammissibili altri ricorsi a motivo della loro irrilevanza sotto il profilo economico, anche se proprio i due *autos* ricordati sono stati citati nell'assai più recente *auto* n. 122 del 2008.

⁽²⁹⁾ Ovviamente a patto che il ricorso superasse quella sorta di anticipato giudizio sulla sussistenza della lesione in cui si era tradotta la valutazione della non esistenza di una carenza di contenuto che abilitasse al giudizio. In tema, H. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión*, cit., 196.

⁽³⁰⁾ In questo senso, ad esempio, M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión*, cit., 293 ss. 302, sulle orme di P. Cruz Villalón. Si sofferma sulla necessità di «abrir un portillo a lo subjetivo» ricordando gli orientamenti di Espín Templado e Lucas Murillo, anche F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico del amparo: la ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la LOTC*, in ID., *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo III, *La justicia constitucional en América Latina y en España*, cit., 944. Non diversamente Hernández Ramos ritiene che il «resquicio» all'aspetto soggettivo possa essere ricavato dal requisito della speciale importanza per l'applicazione della Costituzione. Sull'esclusione, però, della concessione dell'*amparo* considerando solo la gravità della lesione, si cfr. le recise affermazioni di M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la Ley Orgánica*, cit., 19 e 40 che, come si dirà, sono state poi confermate dalla concreta giurisprudenza del Tribunale costituzionale.

⁽³¹⁾ Così Á. GARRORENA MORALES, *La ley orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica*, in M. CARRILLO (coord.), G. FERNÁNDEZ FARRE-

Non mancava infine chi, giudicando un'autentica «perversión jurídica» la disciplina dell'*amparo* introdotta dalla nuova legge organica, invitava il Tribunale costituzionale a superare le indicazioni letterali dell'art. 50.1 b) per ritenere dotati di speciale rilevanza costituzionale i ricorsi in cui apparisse probabile la lesione di un diritto fondamentale⁽³²⁾.

Ma al di là di tali interessanti riflessioni, ben si comprendeva come l'ambigua nozione di *especial transcendencia constitucional* avrebbe dovuto essere «riempita» di significato dalla successiva opera maieutica del Tribunale costituzionale, alla cui concreta attività giurisprudenziale si guardava, dunque, per poter finalmente esprimere una valutazione sulla funzionalità della riforma. Ed, anzi, alcuni esponenti della dottrina avevano ritenuto utile che il Tribunale costituzionale fornisse lumi a riguardo, autolimitandosi⁽³³⁾ o avevano criticato l'atteggiamento dell'organo di controllo della costituzionalità che aveva emesso ordinanze di inammissibilità del ricorso senza indicare in che cosa consistesse la speciale rilevanza costituzionale che avrebbero dovuto segnalare i ricorrenti⁽³⁴⁾.

RES, E. FOSSAS ESPADALER, Á. GARRORENA MORALES, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Valencia, 2008, 220 ss. Questo autore riteneva, inoltre, che, proprio per garantire una miglior tutela soggettiva, probabilmente si sarebbe dovuto reinterpretare qualcuno dei criteri previsti dall'art. 50.1 b) della legge organica per ammettere qualche ricorso solo basato sui profili soggettivi, così arrivando, però, a interpretazioni forzate e provando che i nuovi criteri non avevano soddisfatto le esigenze per le quali erano stati introdotti. Sulla certa costituzionalità della nuova disciplina, rilevando l'inesistenza di «un modello di ricorso di amparo specifico» nella Carta fondamentale, M. CARRILLO, *La reforma de la jurisdicción constitucional: La necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis*, in M. CARRILLO (coord.), G. FERNÁNDEZ FARRERES, E. FOSSAS ESPADALER, Á. GARRORENA MORALES, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Valencia, 2008, 106 ss. e 117. Per la legittimità costituzionale della riforma, considerando gli artt. 53.2 e 161.1 b) della Costituzione che affermano la mera possibilità del ricorso ed affidano alla legge i casi e le forme in cui questo possa essere introdotto, M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la Ley Orgánica*, cit., 35.

⁽³²⁾ Così A. DE LA OLIVA SANTOS, *La perversión jurídica del amparo constitucional en España*, in www.ucm.es/info/procesal/revista/perversion.htm, 21. In tema anche J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Requiem por el recurso de amparo constitucional*, in www.precedente.net/articulos.php?ver_articulo=734, 2, il quale ritiene che «non ci può essere maggiore rilevanza costituzionale in una domanda di *amparo* che quando nella medesima si evidenzia con tutta chiarezza l'esistenza di una lesione costituzionale».

⁽³³⁾ M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión*, cit., 171 e 244, il quale, ricordando anche il pensiero a riguardo di J. García Roca, riteneva importante che il Tribunale costituzionale si pronunciasse, sia per garantire certezza ai ricorrenti, sia per ridurre l'«eccessiva soggettività o discrezionalità» dei componenti dell'organo nella valutazione del nuovo requisito.

⁽³⁴⁾ J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Requiem por el recurso de amparo*, cit., 2 s., il quale criticava questo «lasciare al suo destino» il ricorrente che il Tribunale costituzionale avrebbe realizzato dopo l'emanazione dell'*auto* n. 289 del 2008.

2. *Le prime ordinanze del Tribunale costituzionale sul requisito della speciale rilevanza costituzionale.*

Va rilevato come la novella legislativa stia “andando a regime” molto lentamente, tanto che al marzo 2011, sono ancora relativamente poche le decisioni nelle quali il Tribunale costituzionale ha fatto applicazione del nuovo requisito di ammissibilità del ricorso. D'altro canto, la disposizione transitoria terza della legge organica prevedeva che il requisito della speciale rilevanza costituzionale si sarebbe dovuto applicare solo ai ricorsi presentati dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni, e cioè a far tempo dal 26 maggio 2007⁽³⁵⁾, ma poiché, come si è ricordato, numerosissimi erano i ricorsi pendenti a questa data, si è dovuto aspettare abbastanza a lungo perché il Tribunale costituzionale cominciasse a valutare in modo non episodico i ricorsi presentati successivamente ed cui avrebbe dovuto essere giustificata tale speciale rilevanza⁽³⁶⁾.

Come si è già ricordato, la dottrina aveva giustamente sottolineato che, trattandosi di un nuovo requisito, la speciale rilevanza costituzionale avrebbe dovuto essere opportunamente individuata dal Tribunale costituzionale, anche considerando che non sarebbe stato facile dedurre la natura di tale rilevanza, posto che le ordinanze che la ritenevano inesistente, dichiarando inammissibile il ricorso, erano prive di motivazione e venivano notificate solo al ricorrente ed al Pubblico Ministero.

Le prime occasioni nelle quali l'organo di controllo aveva giudicato applicando la nuova normativa, riguardavano *amparos electorales*⁽³⁷⁾ relativi alle modalità di computo dei voti assegnati in occasione delle elezioni locali del maggio 2007 (ricorsi che sono caratterizzati dalla indefettibile tempestività della loro risoluzione e che dunque sono stati giudicati nel 2007, subito

⁽³⁵⁾ Come ricorda J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 53, nota n. 52, il Tribunale costituzionale nelle sentt. nn. 106 e 146 del 2008 e negli *autos* nn. 127 e 209 del 2009 aveva espressamente ricordato che il nuovo requisito si sarebbe applicato solo a far tempo da questa data. Anche nella sent. n. 48 del 2009 l'organo di controllo aveva sottolineato, a scopi di certezza, l'ineludibile esigenza del rispetto di tale termine temporale.

⁽³⁶⁾ L'arretrato smaltito è davvero impressionante. Come ricordava l'allora Presidente del Tribunale, M.E. CASAS BAAMONDE, nella *Presentación de la Memoria 2007*, in questo anno sono state emesse 10.888 *providencias de inadmisión* contro le 7.376 del 2006. Nel 2008 tali *providencias* sono ascese a ben 12.399 e nel 2009 a 13.031. Per tali dati si cfr. le *Memorias* di questi anni reperibili nel sito del Tribunale, www.tribunalconstitucional.es.

⁽³⁷⁾ Gli *amparos electorales*, previsti dagli artt. 49 e 114 della legge organica n. 5 del 1985 sul *Régimen Electoral General*, riguardano gli atti dell'amministrazione elettorale di proclamazione dei candidati come componenti delle liste elettorali e di proclamazione dei candidati eletti. Su tale specie di *amparo*, M. GONZÁLEZ BELFUS, *Recurso de amparo*, in M. ARAGÓN REYES (dir.), C. AGUADO RENEDO (codir.), *Derechos fundamentales y su protección*, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, 2011, 85.

dopo la loro presentazione). Si trattava di ipotesi nelle quali l'importanza per l'esito finale delle consultazioni elettorali e, dunque, per l'assegnazione dei seggi, poteva far ritenere giustificato il rilievo del ricorso, anche se come la dottrina aveva sottolineato, dalla lettura degli antefatti delle decisioni si deduceva che i ricorrenti non ne avevano indicato la speciale rilevanza e che, dunque, l'orientamento del Tribunale, a riguardo, era stato assai poco formalista⁽³⁸⁾. L'organo di controllo della costituzionalità in questi casi aveva applicato l'art. 23 della Costituzione che garantisce la partecipazione dei cittadini in modo diretto o tramite i loro rappresentanti elettivi alla conduzione dei pubblici affari, una previsione che viene lesa se le modalità di assegnazione dei seggi falsano la volontà popolare.

Non erano mancati casi resi noti solo dalla stampa nei quali, pur a fronte di un presumibile interesse di natura costituzionale, il Tribunale costituzionale aveva negato l'ammissibilità del ricorso in qualche ipotesi proprio perché il ricorrente non aveva espressamente indicato tale speciale rilevanza⁽³⁹⁾.

Dopo questa primissima fase di applicazione della nuova disciplina dell'*amparo*, dalla quale si poteva dedurre l'implicita sussistenza di rilevanza costituzionale dei ricorsi in particolare riguardanti le modalità di espressione del voto, era parso che il Tribunale intendesse accogliere un'in-

⁽³⁸⁾ In tema, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2008*, cit., 230 s. Questi ricorsi valutavano due diverse modalità con le quali l'assegnazione dei voti aveva influenzato il risultato elettorale: casi nei quali le schede di voto (sulle quali non può essere apposto alcun segno o alcuna modifica, ai sensi dell'art. 96.2 della Legge organica sul regime elettorale generale, n. 5 del 1985) recavano invece segni o addirittura espressioni che le rendevano, a parere del Tribunale costituzionale, invalide (mentre gli organi di controllo le avevano ritenute ammissibili perché era riconoscibile la volontà di voto dell'elettore; in tal senso le sentt. nn. 167, 168, 169, 170 del 2007); o ipotesi nelle quali l'assegnazione dei seggi era avvenuta sommando i voti di più coalizioni elettorali, mentre i ricorrenti sostenevano che tale addizione non fosse ammissibile perché i voti erano stati attribuiti a diversi soggetti (in tal senso le sentt. nn. 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193 e 194 del 2007).

⁽³⁹⁾ Si trattava di casi di una certa risonanza politica che erano stati valutati dal Tribunale costituzionale nel marzo 2008. Ad esempio era stato ritenuto inammissibile (proprio perché mancava della giustificazione della speciale rilevanza costituzionale) l'*amparo* presentato da Arnaldo Otegi, uno dei capi del partito Batasuna, illegalizzato perché considerato fiancheggiatore dell'ETA, che impugnava una condanna a 15 mesi di prigione per aver partecipato, nel dicembre 2003, ad una cerimonia di omaggio ad un militante della stessa organizzazione terroristica. Altri *amparos*, non ammessi nel dicembre 2008, ma che avevano destato l'attenzione dei *media*, riguardavano, invece, l'atto di scioglimento del Partito comunista delle Terre basche e il ricorso intentato dal settimanale *El Jueves*, condannato per vilipendio alla Corona. Si veda, in tema, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008*, I. *Jurisdicción constitucional*, *Derecho procesal constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2008, n. 83, 218 s., e dello stesso autore *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2008*, cit., 231.

interpretazione molto più rigorosa del requisito, sotto il profilo dell'onere imposto ai ricorrenti quanto all'espressa giustificazione del medesimo. La prima ordinanza nella quale era comparsa qualche significativa indicazione in merito era l'auto n. 188 del 2008, emanato il 21 luglio 2008 dalla *Sala Primera* del Tribunale costituzionale, pubblicato nel Bollettino Ufficiale dello Stato n. 200 del 19 agosto 2008 che rigettava il ricorso proprio per mancanza di giustificazione della speciale rilevanza. Rilevato che il nuovo *trámite de admisión* funziona invertendo, rispetto al passato, il giudizio di ammissibilità, passandosi dal provare l'inesistenza di cause di inammissibilità alla valutazione dell'esistenza di una speciale rilevanza costituzionale del ricorso, il Tribunale costituzionale ricordava i diversi requisiti prodromici all'ammissione dell'*amparo*, chiarendo che la domanda avrebbe dovuto espressamente giustificare tale speciale rilevanza costituzionale. L'organo propendeva per la natura sostanziale di tale requisito e per la sua differenziazione rispetto alla semplice affermazione della esistenza di una lesione ad un diritto fondamentale. Il ricorrente avrebbe dovuto infatti indicare ai sensi dell'art. 49.1 della legge organica tale speciale rilevanza senza obbligare l'organo di controllo a ricostruire d'ufficio l'esistenza di tale requisito quando il ricorso non ne avesse espressamente giustificato l'esistenza, considerandolo come un aspetto la cui mancanza non era sanabile⁽⁴⁰⁾.

A questa rigorosa lettura della disposizione il Tribunale costituzionale si era orientato valutando la « natura e funzione » a cui adempie l'onere di indicare tale speciale requisito, che è « esigenza ineludibile » del ricorso secondo la sua nuova disciplina, non potendosi comunque indicare questa giustificazione della speciale rilevanza successivamente alla presentazione della richiesta di *amparo*⁽⁴¹⁾.

Era però l'auto n. 289 del 2008, emesso il 22 settembre 2008 dalla *Sala Segunda* del Tribunale costituzionale e anch'esso come il precedente pubblicato, proprio a scopo divulgativo, nel *Boletín Oficial del Estado* n. 263 del 31 ottobre del 2008⁽⁴²⁾, a ribadire quali fossero le caratteristiche della speciale rilevanza costituzionale. In quest'ordinanza si sosteneva (non diversamente da quanto già indicava l'auto n. 188) che la natura sostanziale

⁽⁴⁰⁾ Per una critica alla ricostruzione della mancanza di giustificazione del requisito come difetto insanabile del ricorso, J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Requiem por el recurso de amparo*, cit., 3.

⁽⁴¹⁾ Per una valutazione dell'auto n. 188 del 2008, si cfr. J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2008, I. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2008, n. 84, 227 s.; D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 505.

⁽⁴²⁾ L'art. 86.2 della legge organica n. 2 del 1979 (secondo la redazione datane dalla legge organica n. 6 del 2007) non prevede che gli autos siano pubblicati sul *Boletín Oficial*, a meno che, per alcuni di questi, ciò non sia disposto dal Tribunale costituzionale.

del requisito e la sua indefettibilità erano deducibili dall'espressione « in ogni caso » impiegata dall'art. 49.1 della legge organica per indicare l'onere del ricorrente nella indicazione del requisito, affermandosi espressamente che non basta ad ammettere il ricorso la semplice menzione di tale « espressione legislativa », né l'esistenza di una specifica argomentazione (e che, dunque, la giustificazione della speciale rilevanza non è solo una formalità, dovendo essere fondata su effettive indicazioni del ricorrente che sono poi valutate dall'organo di controllo della costituzionalità). La *Sala*, rigettando il ricorso per mancanza di alcuna giustificazione del nuovo requisito, di nuovo precisava in questa ordinanza (in modo anche sotto questo profilo analogo all'argomentazione della *Sala Primera* nell'ordinanza n. 188) che la speciale rilevanza si diversifica dalla indicazione della esistenza della lesione del diritto fondamentale, essendo quest'ultima il « presupuesto inexistente » di qualunque *amparo*.

Se, dunque, l'ordinanza n. 289 (e la n. 290 emessa nella stessa data dalla stessa *Sala* del Tribunale costituzionale) contribuivano all'elaborazione giurisprudenziale della nozione di speciale rilevanza costituzionale, era però il voto dissenziente di un componente della *Sala Segunda*, E. Gay Montalvo, a dare qualche utile indicazione sulla nuova « filosofia » del ricorso e sulle possibili critiche alla medesima. Nel suo voto, il giudice dissenziente, dopo aver considerato la centralità nella Costituzione della dignità umana e dei diritti che da questa conseguono, ritenuti un valore giuridico fondamentale, si soffermava sulla « finalità essenziale » dell'*amparo*, ricordando ai componenti del Tribunale che tale finalità riguarda la riparazione alle lesioni dei diritti e delle libertà promananti dagli atti dei pubblici poteri quando le vie precedenti, in genere di natura giurisdizionale, non abbiano consentito questa necessaria riparazione. Ed anche se è certo vero che esiste un profilo di « difesa oggettiva » della Costituzione inerente alla giurisdizione d'*amparo*, si tratta, però, di una caratteristica che discende dalla natura di « organo giurisdizionale superiore » che, in materia di garanzia dei diritti fondamentali, la Costituzione riconosce al... Tribunale » costituzionale. Pur non disconoscendo l'orientamento del legislatore organico che si è inclinato verso una « configurazione oggettiva » dell'*amparo* rispetto ad una « configurazione soggettiva » della tutela dei diritti e pur non contrapponendosi all'intento della legge « la cui intenzione è lodevole e la cui necessaria approvazione risultava... imprescindibile » data la crescita del numero dei ricorsi e la conseguente lentezza procedurale nel risolverli, Gay Montalvo dichiarava, però, di essere contrario all'interpretazione degli artt. 49.1 e 50.1 b) della legge organica, adottata nei due autos ricordati, i primi nei quali si rifletteva sulla natura del nuovo requisito. Il motivo del suo *dissent* risiedeva nel fatto che le *Salas* del Tribunale costituzionale avrebbero trasferito sul ricorrente « l'obbligo formale (senza possibilità di sanare questa mancanza) di argomentare ... l'esistenza della speciale rilevanza costitu-

zionale...». Un'interpretazione, questa, che si sarebbe fondata in gran parte proprio sull'*Exposición de motivos* della legge organica n. 6 del 2007, una parte prodromica all'articolato della legge che se è considerata, in genere, dal Tribunale costituzionale come dotata di valore non normativo ma meramente interpretativo, è anche soggetta, nelle sue potenzialità esegetiche, a specifici limiti. L'*Exposición* non può infatti essere utilizzata al posto di norme già esplicite comprese nelle disposizioni della legge, né può essere considerata per interpretare queste ultime in modo contrastante con la Costituzione. E poiché l'*Exposición de motivos* giustifica la nuova disciplina dell'ammissibilità dell'*amparo* con l'esigenza di garantire una più efficace organizzazione ed una più celere attività del Tribunale, il giudice dissenziente si chiedeva se bastassero tali motivazioni a far sì che l'organo disattendesse la sua elevata funzione di garante dei diritti fondamentali⁽⁴³⁾.

Era necessario, comunque, a parere del giudice Gay Montalvo (e questi affermava di avere segnalato questa esigenza «in tutte le occasioni possibili»), che il Tribunale, in composizione plenaria, riflettesse sul «concetto giuridico indeterminato» della speciale rilevanza costituzionale, allo scopo di definire i tre essenziali criteri fissati dall'art. 50.1 b) della legge organica, di cui il primo avrebbe, a suo parere, *valor hermenéutico y doctrinal*, il secondo un *valor reparador* (e, dunque, avrebbe consentito un «controllo soggettivo» sulla natura della lesione) e l'ultimo un *valor jurisprudencial*, senza imporre al ricorrente l'onere gravoso di individuare in che cosa consistessero tali criteri. D'altro canto, l'art. 50 della legge organica avrebbe come suoi destinatari i magistrati che compongono le Sezioni del Tribunale costituzionale e non i ricorrenti.

Inoltre, il *voto* si schierava contro la assoluta ed indefettibile necessità che il ricorso individuasse la speciale rilevanza costituzionale, potendo questa, a parere del giudice dissenziente, essere ricavata dai fatti su cui si basa la richiesta di *amparo* e dall'argomentazione giuridica che ne è posta a fondamento. Una tale ipotesi avrebbe dovuto essere accolta anche considerando che il Tribunale costituzionale non aveva ancora emesso alcuna decisione da cui si potesse ricavare quella concretizzazione dei casi di speciale rilevanza costituzionale che proprio il giudice dissenziente riteneva sommarmente auspicabile⁽⁴⁴⁾, se non si voleva che il ricorrente giustificasse l'esistenza «di un requisito il cui contenuto non conosce».

⁽⁴³⁾ Per un esame di questo *voto* e della decisione, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2008*, cit., 229 s.; D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 505 s.; J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 55, nota n. 59.

⁽⁴⁴⁾ Va rilevato che se il giudice dissenziente e la dottrina ritenevano necessario che il Tribunale costituzionale individuasse tali caratteristiche, anche il Pubblico Ministero ha tentato di ottenerne una definizione, molto spesso impugnando, con il *recurso de súplica*, le

Altro essenziale motivo di dissenso alla decisione di inammissibilità del ricorso, formulata con l'*auto* n. 289 del 2008, risiedeva nel ritenere che la mancanza di giustificazione del requisito della speciale rilevanza costituzionale fosse un difetto insanabile del ricorso e che il Tribunale non potesse assolutamente ricostruire tale requisito, mentre in passato l'organo di controllo della costituzionalità aveva affermato che alcuni requisiti indicati dalla legge avrebbero dovuto essere interpretati in modo assai più flessibile, talvolta arrivando a ricostruire d'ufficio l'oggetto del ricorso. Inoltre, la mancanza di *vacatio* all'entrata in vigore della legge organica⁽⁴⁵⁾, avrebbe dovuto suggerire al Tribunale costituzionale, almeno «nei primi mesi di applicazione» delle nuove previsioni, di interpretarle in un senso meno rigido, apprezzando l'esistenza del requisito della speciale rilevanza costituzionale anche in mancanza di una argomentazione espressa a riguardo⁽⁴⁶⁾.

Dunque, una maggiore flessibilità interpretativa ed una ricostruzione in via giurisprudenziale del requisito della speciale rilevanza costituzionale venivano richieste all'organo di controllo della costituzionalità da uno dei suoi giudici⁽⁴⁷⁾, flessibilità e ricostruzione del requisito che hanno trovato ben presto una certa accoglienza nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale.

providencias de admisión. Sull'orientamento del Pubblico Ministero, D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 502.

⁽⁴⁵⁾ Si tratta di una mancanza di *vacatio* che ha fatto definire come «precipitada» l'entrata in vigore della nuova legge e che non ha consentito ai ricorrenti e ai loro legali di «impraticarsi» sulle novità estremamente rilevanti che la novella reca seco causando, come si dirà, notevoli incongruenze. In tema, D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 511, nota n. 36 che ricorda, a questo proposito, le affermazioni di I. BORRAJO INIESTA e C. ELÍAS MÉNDEZ, *La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional*, in *Rev. general de derecho constitucional*, 2009, n. 8, 2. Sottolinea che la pressoché immediata entrata in vigore della legge ed il suo regime transitorio avrebbero procurato ai potenziali ricorrenti più «sorpresa» che «garanzia», J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2007*, I. *Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2007, n. 81, 223.

⁽⁴⁶⁾ Il giudice dissenziente concludeva il suo *voto* anche sottolineando come la legge organica non ponga espressamente a carico del ricorrente la giustificazione dell'esistenza della speciale rilevanza costituzionale, donde la possibilità che la richiesta in tal senso formulata dal Tribunale si traducesse in un ingiustificato «formalismo enervante».

⁽⁴⁷⁾ Flessibilità, definizione dei fondamenti del ricorso e atteggiamento non formalista che sempre Gay Montalvo richiedeva anche nel *voto* dissenziente all'*auto* n. 284 del 2009 nel quale, ribadendo che solo nella sent. n. 155 del 2009, pubblicata il 28 luglio 2009 nel *Boletín Oficial del Estado*, il Tribunale costituzionale aveva ricostruito i caratteri della speciale rilevanza costituzionale, si dovesse manifestare particolare favore nei confronti del ricorso presentato da un detenuto che era pervenuto nel *Registro General* del Tribunale il precedente 10 novembre 2008 e, dunque, solo qualche mese dopo la pubblicazione dell'*auto* n. 188 del 2008.

3. La "flessibilità" nell'interpretazione del requisito.

Quanto al primo profilo, quello riguardante l'interpretazione flessibile del requisito, è vero che il Tribunale costituzionale ha ribadito che non basta a garantire l'ammissibilità dell'*amparo* il fatto che nel ricorso una parte sia intitolata alla giustificazione della speciale rilevanza costituzionale; che sia semplicemente utilizzata tale espressione⁽⁴⁸⁾; che si affermi come evidente l'esistenza di tale requisito per i motivi indicati e per la lesione del diritto fondamentale denunciato⁽⁴⁹⁾; che si denunci lesione del diritto fondamentale, confondendola con l'esistenza del requisito⁽⁵⁰⁾ e, infine, che non è l'importanza dell'organo da cui deriva la violazione della posizione giuridica soggettiva a giustificare la speciale rilevanza costituzionale⁽⁵¹⁾. L'organo di controllo ha però anche affermato che, se la mancanza di tale requisito è un vizio insanabile, è possibile ritenere che sia possibile integrare sotto questo profilo il ricorso, con la successiva produzione di uno scritto a ciò finalizzato, purché questo avvenga entro l'inderogabile termine di presentazione dell'*amparo* e prima che una delle Sezioni del Tribunale costituzionale abbia emanato *providencia de inadmisión*⁽⁵²⁾; ha ammesso che basta

⁽⁴⁸⁾ In tal senso, ad esempio, gli *autos* che rigettano il ricorso (*de súplica* del Pubblico Ministero) contro le *providencias* con le quali si era ritenuto non ammissibile il ricorso di *amparo*, nn. 6 del 2009; 80 del 2009; 184 del 2010; 186 del 2010; 187 del 2010. Numerosi sono inoltre gli *autos* che, a fronte di un ricorso del Pubblico Ministero nel quale si indica che il ricorrente ha dedicato una parte del ricorso di *amparo* a giustificare la speciale rilevanza costituzionale, annullano precedenti *providencias de inadmisión* che, per errore, ritenevano inesistente tale parte del ricorso, talora sottolineando, però, (come nel caso degli *autos* nn. 164, 166 e 179 del 2009) che tale rettifica non ne implica l'automatica ammissibilità, dovendo il Tribunale costituzionale, constatato il rispetto del requisito sotto il profilo formale, valutare se esista effettivamente la speciale rilevanza.

⁽⁴⁹⁾ Così l'argomentazione dell'*auto* n. 252 del 2009, sul quale J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 56, nota n. 63.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso, seguendo l'orientamento dell'*auto* n. 188 del 2008, gli *autos* nn. 236 del 2009; 240 del 2009; 264 del 2009; 284 del 2009; 96 del 2010; 154 del 2010; 186 del 2010, anche se, come ha sottolineato J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 57 s., esiste un aspetto della speciale rilevanza costituzionale nel quale il collegamento con la lesione soggettiva del diritto è più evidente: si tratta della individuazione dell'aspetto nuovo di un diritto fondamentale, anche se il ricorrente deve tentare di individuare un rilievo più generale del suo ricorso, indicando la lesione che eccepisce con l'*amparo*.

⁽⁵¹⁾ Così l'*auto* n. 154 del 2010.

⁽⁵²⁾ In tal senso l'*auto* n. 262 del 2009, ma già la sent. n. 44 del 2009, come rileva J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal constitucional durante el primer cuatrimestre de 2009, I. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2009, n. 86, 269 s. Sull'*auto* n. 262 del 2009, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2009, I. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2010, n. 88, 311, nota n. 1.

una giustificazione anche concisa dell'esistenza di tale requisito⁽⁵³⁾; si è orientato ad ammettere il ricorso, pur riservandosi un controllo attento sulla effettiva esistenza della speciale rilevanza costituzionale, in casi in cui tale speciale rilevanza non rientrasse in alcuna delle ipotesi che lo stesso Tribunale costituzionale ha poi indicato nella sent. n. 155 del 2009, considerando che il ricorso era stato presentato prima della emanazione, nel giugno 2009, di tale decisione⁽⁵⁴⁾; o, sempre a fronte di un ricorso prodotto prima di tale ultima, fondamentale sentenza, ha temperato il rigore nella valutazione dell'esistenza della speciale rilevanza costituzionale proprio in base alla data di presentazione del ricorso e ha ritenuto ammissibile l'*amparo*, pur valutando come «no acabada» la «fundamentación» sotto questo profilo del ricorso, perché ciò gli avrebbe permesso di valutare un aspetto particolare del diritto fondamentale su cui non aveva avuto ancora l'occasione di pronunciarsi e la lesione poteva essere stata realizzata da una disposizione avente effetti generali⁽⁵⁵⁾; ha affermato che non esiste un «modello rigido» su cui debba essere misurata la presentazione del ricorso di *amparo*, ammettendo che lo «strumento di collaborazione con la giustizia costituzionale» costituito dalla giustificazione della speciale rilevanza costituzionale, può essere adempiuto anche con la sola indicazione di una precedente decisione del Tribunale costituzionale (che i ricorrenti nella fattispecie avevano erroneamente individuato nella sentenza n. 276 del 2001, ma che era invece un *auto*, dello stesso numero e data) il cui punto 3 del considerato in diritto (*fundamento jurídico* 3) veniva parzialmente riprodotto nel ricorso, anche se poi le considerazioni in questo formulate parevano insistere sulla lesione del diritto fondamentale della difesa in giudizio piuttosto che sulla speciale rilevanza costituzionale⁽⁵⁶⁾. Eppure, in tale caso e pur rilevando come l'argomentazione dei ricorrenti non fosse il «miglior modo nel quale può essere concepito l'adempimento del requisito», il Tribunale costituzionale l'ha considerato come esistente, ritenendo che la citazione del suo *auto* e la riproduzione parziale della motivazione in diritto di quest'ultimo non si proponessero solo di giustificare l'esistenza della lesione di un diritto fondamentale, ma che fossero piuttosto finalizzate all'emanazione di una nuova sentenza che consentisse di «sciogliere ogni dubbio» sul senso dell'orientamento giurisprudenziale precedente. Per ritenere esistente il requisito di ammissibilità, nella stessa decisione, il Tribunale costituzionale ha inoltre affermato la necessità di un «uso prudente» del po-

⁽⁵³⁾ Questa indicazione pare deducibile dall'*auto* n. 165 del 2009.

⁽⁵⁴⁾ In tal senso gli *autos* nn. 4 e 5 del 2010.

⁽⁵⁵⁾ In tal senso la significativa sent. n. 15 del 2011 nella quale si risolve un *amparo* presentato al *Registro General* del Tribunale costituzionale da un detenuto l'11 dicembre 2007, assai prima, dunque, che venisse emanata la sent. n. 155 del 2009.

⁽⁵⁶⁾ Così la sent. n. 17 del 2011.

tere di giudicare inammissibile il ricorso in base a semplici difetti nella sua modalità di redazione, quando l'ammissibilità era stata già ritenuta esistente nel controllo preventivo effettuato dalla Sezione e ci si trovasse, come era avvenuto nella fattispecie, nella fase avanzata del giudizio. Un diverso atteggiamento del Tribunale costituzionale avrebbe potuto, infatti, essere considerato come lesivo dell'art. 6.1 della Convenzione sui diritti dell'uomo (come la Corte di Strasburgo aveva affermato nella sent. del 9 novembre 2004, nel caso Sáez Maeso c. Spagna).

4. *L'«esfuerzo de concreción» della especial trascendencia constitucional da parte del Tribunale costituzionale: la sent. n. 155 del 2009.*

Si è ricordato come non fosse facile interpretare il concetto giuridico indeterminato della speciale rilevanza costituzionale. Naturalmente questa si sarebbe potuta dedurre *a posteriori*, valutando analiticamente casi nei quali il Tribunale costituzionale avesse ritenuto ammissibili e poi giudicato dei ricorsi. Tuttavia, accogliendo l'impulso espresso nel già ricordato *voto* di uno dei suoi componenti, il giudice Eugeni Gay Montalvo, e dopo aver giudicato nel corso del 2009 di pochi *amparos* soggetti alla nuova disciplina della ammissibilità e se si esclude un unico, significativo caso⁽⁵⁷⁾, legati a controversie di natura elettorale⁽⁵⁸⁾ o riguardanti l'illegalizzazione di un partito⁽⁵⁹⁾ (casi dunque nei quali la speciale rilevanza costituzionale pareva implicitamente esistere per il particolare oggetto del ricorso), il Tribunale costituzionale ha preferito direttamente individuare in via giurisprudenziale

⁽⁵⁷⁾ Si trattava dell'*amparo* risolto con la sent. n. 70 del 2009.

⁽⁵⁸⁾ Si trattava delle sentt. nn. 43 e 44 del 2009, riguardanti *amparos* contro gli atti giurisdizionali della *Sala Especial* del Tribunale supremo, prevista dall'art. 61 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* n. 6 del 1985, che avevano annullato le candidature del partito *Askatasuna* e di raggruppamenti elettorali presentate in occasione delle elezioni del 1 marzo 2009 del Parlamento basco, perché legate a compagini partitiche, illegalizzate per i loro legami con il terrorismo basco. La sent. n. 126 del 2009 riguardava l'*amparo* presentato contro l'atto che aveva escluso dalle liste per l'elezione al Parlamento europeo dell'11 maggio 2009 una coalizione elettorale che si riteneva connessa a partiti illegalizzati. La ricorrente individuava come motivazione generale della speciale rilevanza costituzionale dell'*amparo* la necessità di valutare il principio di libera creazione ed esistenza dei partiti politici.

⁽⁵⁹⁾ La sent. n. 31 del 2009 giudicava dell'*amparo* presentato dal partito *Acción Nacionalista Vasca* contro la sentenza di illegalizzazione e di scioglimento del medesimo dettata dalla già ricordata *Sala Especial* del Tribunale supremo. In questa ipotesi il partito ricorrente giustificava l'esistenza del requisito di ammissibilità sottolineando il «rilievo istituzionale» dei partiti politici e il fatto che la sentenza impugnata aveva applicato cause di scioglimento sulle quali il Tribunale costituzionale non aveva ancora avuto occasione di pronunciarsi.

le caratteristiche della speciale rilevanza costituzionale con la sent. n. 155 del 2009. Questa è stata per un certo profilo anticipata dalla sent. n. 70 del 2009 nella quale si giudicava della lesione dell'art. 18.1 Cost., il diritto all'intimità personale, di un professore, collocato a riposo per incapacità permanente dovuta a problemi di natura psichica, caso nel quale, per valutare l'inidoneità alla funzione docente del ricorrente, si erano utilizzati, senza consenso dell'interessato e senza adeguata copertura legislativa, pareri medici strettamente privati. A fronte dell'eccezione di mancanza del requisito della speciale rilevanza costituzionale del ricorso e dell'inesistenza di qualunque giustificazione della medesima nell'atto di presentazione di quest'ultimo, rilevata dall'ente regionale di cui il professore era dipendente, il Tribunale costituzionale apoditticamente rispondeva che tale speciale rilevanza era indicata nella domanda e che lo speciale rilievo era comunque sussistente dato che su questa specifica questione non esisteva *doctrina* cioè orientamento giurisprudenziale del Tribunale costituzionale⁽⁶⁰⁾.

Nella sentenza ora ricordata, dunque, la speciale rilevanza costituzionale del ricorso veniva giustificata con l'esigenza di riflettere su un particolare profilo della lesione di un diritto fondamentale su cui il Tribunale costituzionale non aveva ancora emesso alcuna specifica decisione.

Tale motivazione del criterio della speciale rilevanza costituzionale si è tradotta in una delle chiavi di lettura del requisito di ammissibilità del ricorso elaborate dal Tribunale costituzionale in una sentenza di qualche mese successiva, la n. 155 del giugno 2009.

L'occasione per fornire qualche lume ai ricorrenti in tema di speciale rilevanza era venuto dalla risoluzione, con questa sentenza, di un *amparo* di particolare rilievo, la cui decisione il Tribunale costituzionale in composizione plenaria (*Pleno*) aveva deciso di avocare ai sé ai sensi degli artt. 10.1. n) e 13 della legge organica n. 2 del 1979 (come modificata dalla legge organica n. 6 del 2007)⁽⁶¹⁾. Si trattava della presumibile lesione del principio accusatorio che, pur non essendo espressamente previsto dall'art. 24,

⁽⁶⁰⁾ Il Tribunale costituzionale ricordava, inoltre, che la richiesta di presentazione del ricorso era stata formulata dal ricorrente assai prima dell'entrata in vigore della legge organica n. 6 del 2007 sui nuovi requisiti di ammissibilità, anche se la formalizzazione del medesimo era avvenuta solo quattro anni dopo (e cioè nel maggio 2008), con la nomina di un avvocato d'ufficio. Sulle peculiarità della sent. n. 70 del 2009, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2009, I. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 2009, n. 86, 268 s.

⁽⁶¹⁾ La prima disposizione riguarda il giudizio sulle questioni di competenza del Tribunale, che il *Pleno* intende riservare a sé, a proposta del Presidente o di tre magistrati. L'art. 13 invece prevede che nel caso in cui la *Sala* intenda dettare decisione diversa dai precedenti, sia il *Pleno* a dover decidere a riguardo. Nel caso in esame era la *Sala Segunda* che aveva proposto all'organo plenario di occuparsi della questione.

in tema di diritto alla *tutela judicial efectiva* e ad un processo con tutte le garanzie, si ritiene però compreso, in via interpretativa, in tale posizione giuridica. La ricorrente considerava leso tale principio sotto il profilo della congruenza tra accusa e dispositivo della decisione di condanna, data la comminazione da parte del giudice di una pena di diversa natura rispetto a quella che l'accusa aveva richiesto. Si riteneva, inoltre, violato il diritto alla difesa in giudizio perché senza alcuna motivazione il giudice aveva irrogato una pena superiore al minimo previsto e di maggiore gravità di quella richiesta dall'accusa⁽⁶²⁾. Proprio questi due diversi aspetti e la richiesta al Tribunale costituzionale perché l'organo li valutasse, fissando *doctrina* a riguardo, erano individuati dalla ricorrente come giustificazione della speciale rilevanza costituzionale del ricorso di *amparo*.

Prima di risolvere il caso ritenendo che effettivamente, nella fattispecie, fosse stato leso l'art. 24 della Costituzione, il Tribunale costituzionale ha voluto però realizzare quello che è stato esattamente definito, in una successiva decisione di una delle *Salas* dello stesso organo di controllo della costituzionalità, come uno « sforzo di concretizzazione » delle possibili ipotesi di speciale rilevanza costituzionale⁽⁶³⁾.

Valutando come di « carattere notevolmente aperto ed indeterminato » la nozione della speciale rilevanza costituzionale, analogamente ai criteri previsti dalla legge per il suo apprezzamento, criteri che lasciano al Tribunale un « ampio margine di decisione », l'organo di controllo ha in primo luogo affermato che, nel caso in esame, il requisito di ammissibilità si ricollegava all'esigenza di chiarire e meglio definire (*aclarar y perfilar*) l'orientamento giurisprudenziale in tale delicata materia. Non l'inesistenza di *doctrina*, come nell'ipotesi decisa con la sent. n. 70 del 2009, giustificavano la rilevanza costituzionale del ricorso, ma piuttosto l'esistenza di decisioni precedenti, da cui non potevano essere dedotti orientamenti sempre univoci e chiari che avevano dato luogo a contrasti fra i componenti dell'organo e su cui dunque il Tribunale costituzionale intendeva ritornare con tutta l'autorità della sua composizione plenaria⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ Era stata infatti comminata, al posto di una sanzione pecuniaria, una pena limitativa della libertà personale.

⁽⁶³⁾ Per tale espressione si cfr., infatti, il *Fundamento jurídico* 2 della sent. n. 17 del 2011 della *Sala Segunda*. Ritiene il *Fundamento jurídico* 2 della sent. n. 155 del 2009 un « elemento de integración jurisprudencial del precepto legal orgánico », J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 62.

⁽⁶⁴⁾ Come la sentenza ricorda sul tema in esame esistevano precedenti decisioni che avevano ritenuto ammissibile l'irrogazione di una pena maggiore rispetto a quella richiesta dal Pubblico Ministero purché il giudice non avesse alterato i fatti che erano alla base della condanna, la pena rientrasse nel tipo penale risultante dalla qualificazione di tali fatti e sempre che questi fossero stati oggetto di contraddittorio nel corso del processo. Erano state emanate, però, alcune altre decisioni nelle quali il Tribunale costituzionale

Se, dunque, l'esigenza di chiarire e di modificare orientamenti giurisprudenziali precedenti, attraverso la risoluzione di un ricorso di *amparo*, è manifestazione della sua speciale rilevanza costituzionale, un tale requisito esiste certamente anche in ipotesi diverse che sono enumerate nella decisione ma che non costituiscono un elenco tassativo e concluso, perché, come il Tribunale costituzionale ha esattamente sottolineato, proprio il carattere « dinamico » dello sviluppo della sua giurisprudenza non può che consentire che alle indicazioni fornite con la decisione in esame, anche altre possano essere aggiunte in casi successivi, in cui possa ritenersi esistente la speciale rilevanza costituzionale, o che alcune delle indicazioni ora contenute nella pronuncia possano in futuro essere escluse.

La speciale rilevanza costituzionale si dovrebbe comunque apprezzare quando: a) sia necessario valutare un problema od un aspetto di un diritto fondamentale che si assume come leso e sul quale non esiste ancora un orientamento del Tribunale costituzionale, e dunque, sia presente un elemento di novità⁽⁶⁵⁾; b) si debba meglio chiarire o modificare la giurisprudenza precedente per un processo de « reflexión interna » al Tribunale (come avviene nell'ipotesi in esame)⁽⁶⁶⁾ o perché sorgano nuove realtà sociali⁽⁶⁷⁾, o si verificino mutamenti normativi significativi per la configurazione del contenuto di un diritto fondamentale o una modifica degli orientamenti giurisprudenziali da parte degli organi di garanzia incaricati di interpretare i trattati o gli accordi internazionali ai quali si riferisce l'art. 10.2

aveva affermato (anche se questa non ne era stata la *ratio decidendi*) che tale comportamento dell'organo giurisdizionale non era ammissibile. Il Tribunale costituzionale, nella sentenza in esame, ha dunque aderito a quest'ultima linea di tendenza, affermando che il giudice non può imporre pene maggiori rispetto a quelle richieste dall'accusa, perché l'imputato esercita il proprio diritto di difesa anche con riguardo alla concreta pena richiesta e non solo in riferimento ai fatti imputati e alla loro qualificazione giuridica. Comminare pene maggiori e diverse è dunque lesivo del diritto di difesa perché il presunto reo non può difendersi da « ipotetiche e futuribili pene » di maggiore gravità e di diversa natura rispetto a quelle richieste dall'accusa. Anche il principio dell'imparzialità del giudice è meglio protetto ove quest'ultimo non assuma l'iniziativa di comminare una pena diversa. Va notato che l'orientamento adottato dal Tribunale costituzionale in questa decisione corrisponde, negli aspetti essenziali, alla giurisprudenza della *Sala de lo Penal* del Tribunale supremo.

⁽⁶⁵⁾ Questa è la già ricordata ipotesi oggetto della sent. n. 70 del 2009 e, come si vedrà, anche della più recente sent. n. 15 del 2011. Per l'interpretazione di questo punto della decisione e sui problemi che potrebbe creare ai ricorrenti, J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 63 s.

⁽⁶⁶⁾ Si tratta dell'ipotesi di una *evolución interna* al Tribunale costituzionale che, come ha esattamente sottolineato D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 509, è forse la « più generica ed aperta » e che può lasciare « le mani libere » al Tribunale costituzionale nella sua attività interpretativa in materia di *amparo*.

⁽⁶⁷⁾ Si tratta, dunque, in questo caso, di elementi esterni che si riflettono sulla decisione. In tema, D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 509.

della Costituzione⁽⁶⁸⁾; c) si debba valutare una lesione del diritto fondamentale che derivi dalla legge o da altra previsione di carattere generale; d) si debba giudicare di una lesione del diritto fondamentale che promani da una reiterata interpretazione giurisprudenziale della legge che il Tribunale costituzionale consideri lesiva di tale diritto fondamentale, ritenendo necessario elaborare un'altra interpretazione che sia conforme a Costituzione; e) se gli orientamenti giurisprudenziali del Tribunale costituzionale sul diritto fondamentale (la sua *doctrina*) non siano applicati in modo generale e reiterato da parte dei giudici ordinari od esistano atti giurisdizionali contraddittori sul diritto fondamentale, sia perché questi interpretino in modo diverso la *doctrina constitucional*, sia perché la applichino in alcuni casi e non la applichino, invece, in altri⁽⁶⁹⁾; f) se un organo giurisdizionale si opponga in modo manifesto al dovere di rispettare la *doctrina* del Tribunale costituzionale, così ledendo l'art. 5 della legge organica n. 6 del 1985 sul potere giudiziario⁽⁷⁰⁾; g) infine, se la questione in esame, non essendo ricompresa in alcuna delle precedenti ipotesi, trascenda il caso concreto, prospettando una questione giuridica dotata di rilevante e generale ripercussione sociale od economica o abbia effetti politici generali⁽⁷¹⁾, effetti che si potranno realizzare, «soprattutto, anche se non esclusivamente» in determinati ricorsi di *amparo* di natura elettorale o parlamentare.

Questo «sforzo di concretizzazione» del Tribunale costituzionale, anticipato per molti profili dalla dottrina⁽⁷²⁾ e valutato positivamente da al-

⁽⁶⁸⁾ Si tratta dei trattati riguardanti i diritti fondamentali e dunque gli organi di garanzia dei medesimi sono certamente la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo, ma anche, secondo H. LOSADA GONZÁLEZ, *Admisión en el recurso de amparo*, cit., 95, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite.

⁽⁶⁹⁾ Questo caso, è però «algo desconcertante en un Estado de Derecho», secondo D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 509.

⁽⁷⁰⁾ Ipotesi, questa meno problematica forse della precedente, ma assai grave e riguardante solo il comportamento di un organo giurisdizionale, mentre il caso precedente si riferisce, piuttosto, all'atteggiamento di un numero più elevato di magistrati. In tema, D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 509 s. e J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 66 s.

⁽⁷¹⁾ Anche in questo caso, come ben ha visto D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 510, il Tribunale costituzionale spiega un concetto giuridico indeterminato (la speciale rilevanza costituzionale) con altri concetti giuridici indeterminati. Ritiene che in questa ipotesi possa forse rientrare il caso della grave lesione di un diritto fondamentale, pur interrogandosi sulla discrezionalità nell'individuazione della «frontera entre lo grave y lo no grave» J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 67 s.

⁽⁷²⁾ Basti pensare all'interessante ricostruzione della possibile interpretazione della speciale rilevanza costituzionale realizzata da M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión*, cit., 250 ss., prima della emanazione della sent. n. 155 del 2009, in base all'esperienza giurisprudenziale, specie tedesca e statunitense, ed alle valutazioni della dottrina di tali ordinamenti. Ad esempio, tra le ipotesi di speciale rilevanza costituzionale, l'autore an-

cuni suoi esponenti⁽⁷³⁾ (anche se non mancano critiche a talune indicazioni provenienti dalla decisione ed al fatto che questa si sia fatta attendere almeno due anni⁽⁷⁴⁾), ha destato il *dissent* del giudice che aveva ritenuto auspicabile che l'organo plenario individuasse i caratteri del nuovo requisito per meglio garantire i ricorrenti.

Il giudice Gay Montalvo si è ancora una volta opposto all'interpretazione della speciale rilevanza costituzionale come requisito sostanziale, la cui mancanza di giustificazione è vizio insanabile del ricorso⁽⁷⁵⁾ e ha criticato il fatto che, pur ribadendo la natura soggettiva della tutela fornita con l'*amparo*, il Tribunale abbia espressamente sostenuto che la nuova legge organica ha reso protagonisti della tutela i giudici ordinari, orientandosi verso la oggettivazione del ricorso. Il giudice dissenziente ha affermato che, nonostante l'esegesi data dalla decisione, non è cambiato il ruolo di garanzia soggettiva affidato al Tribunale costituzionale, né la posizione dei giudici ordinari e che non è possibile giungere ad una effettiva oggettivazione della lesione di un diritto fondamentale. Una vibrante critica è sotto questo profilo rivolta dal *voto* all'ipotesi della speciale rilevanza costituzionale che corrisponde all'inadempimento in modo generale e reiterato da parte della giurisdizione ordinaria della *doctrina* del Tribunale costituzionale, che non sarebbe ammissibile, non potendo i giudici scientemente ledere tale *doctrina* o valutare se questa sia o meno applicabile ad un dato caso o negare in modo espresso il loro rispetto agli orientamenti del Tribunale (cui devono sottostare per un imperativo di legge). In particolare, il dissenziente non ha giudicato positivamente l'ultima ipotesi riguardante la speciale rilevanza costituzionale, quella che «lascia aperta la porta al gioco delle eccezioni»,

novera la necessità di individuare nuovi orientamenti giurisprudenziali dovuti alla mutevole realtà sociale o l'esistenza di giudicati contraddittori dei giudici ordinari o l'esistenza di modifiche legislative e giurisprudenziali o il rilievo del caso a livello politico, sociale, economico o giuridico.

⁽⁷³⁾ Per un favorevole commento alla decisione, F.J. MATÍA PORTILLA, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 367 s. Per un esame della medesima, E. ALBERTI, H. ALCARAZ, P. BON, P. CAMBOT, O. LECUCQ, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Espagne*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle 2009*, Paris, Aix-en-Provence, 2010, 674.

⁽⁷⁴⁾ In tema, ad esempio, D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 510 ss.

⁽⁷⁵⁾ Il *dissent* riguarda il solo *Fundamento jurídico* 2 della decisione in cui sono indicate le ipotesi di concretizzazione della speciale rilevanza costituzionale. Il giudice Gay Montalvo non ritiene, infatti, che tale *Fundamento* sia necessario nella «lógica argumental» della sentenza e che sia fondato sull'orientamento degli *autos* n. 188 del 2008 e 289 del 2009 (un orientamento da lui criticato con un *voto* dissenziente all'*auto* n. 289). Il giudice costituzionale è invece d'accordo con la motivazione ed il dispositivo della sentenza, cui è stata presentata una *dissenting opinion* da parte del giudice J. Rodríguez-Zapata Pérez, per la parte della motivazione riguardante il rapporto fra possibile modificazione della pena ed imparzialità dell'organo giudicante.

nel campo, ad esempio degli *amparos electorales* e *parlamentarios*. Non potrebbero invece essere ammesse eccezioni riguardanti casi riferibili ad interessi economici, sociali o politici perché ciò significherebbe «introdurre una discriminazione politica in ragione di un preteso interesse superiore», mentre la Costituzione ha inteso «proteggere il diritto individuale e della persona».

5. I casi di applicazione del “nuovo” amparo.

La sent. n. 155 del 2009 costituisce certamente un *leading case* nella giurisprudenza costituzionale spagnola, sia con riguardo al merito della questione risolta attraverso il ricorso di *amparo*, sia sotto il profilo degli orientamenti in punto di interpretazione dell'art. 50.1 b) della legge organica sul Tribunale costituzionale⁽⁷⁶⁾.

A quasi due anni dalle indicazioni fornite in questa decisione, datata 25 giugno 2009 e pubblicata il 28 luglio 2009 nel *Boletín Oficial del Estado*, pare interessante chiedersi che cosa ne sia stato della applicazione concreta dell'esegesi della previsione sulla speciale rilevanza costituzionale fornita dal Tribunale. A tale interrogativo sembra, infine, utile aggiungerne un altro, altrettanto rilevante: il ricorso di *amparo* si è davvero oggettivizzato, modificandosi conseguenzialmente l'atteggiamento del Tribunale costituzionale⁽⁷⁷⁾?

Non pare dubbio, per rispondere al primo quesito, che qualche significativa applicazione sia stata fatta delle ipotesi ricordate, anche se non mancano *amparos* ammessi e poi decisi senza che sia ancora facile apprezzare per quale motivo si sia ritenuta sussistente la speciale rilevanza costituzionale⁽⁷⁸⁾, né mancano interessanti ipotesi nelle quali forse sarebbe stato facile per il Tribunale ammettere un ricorso che invece è stato considerato come inammissibile.

Quanto agli *amparos* che possono essere ricondotti più o meno espressamente alle ipotesi indicate nella sent. n. 155 del 2009, basti pensare alla decisione n. 96 del 2010 riguardante l'ammissibilità di una manifestazione, indetta da numerose associazioni femminili in occasione dell'8 marzo 2008,

⁽⁷⁶⁾ Per un esame della decisione, I. TORRES MUÑOZ, *Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2009*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional* n. 14, Madrid, 2010, 659.

⁽⁷⁷⁾ Sull'importanza che anche l'atteggiamento “culturale” del Tribunale costituzionale a riguardo si innovi perché possa “andare a regime” la riforma dell'*amparo*, M. CARRILLO, *La reforma de la jurisdicción constitucional*, cit., 111 e 121.

⁽⁷⁸⁾ Come nota esattamente H. LOSADA GONZÁLEZ, *Admisión en el recurso de amparo*, cit., 90, la *providencia de admisión* non deve indicare perché si sia ritenuta esistente la speciale rilevanza costituzionale.

data nella quale la nota ricorrenza della “festa della donna” coincideva con la cosiddetta *jornada de reflexión*, immediatamente precedente a consultazioni elettorali politiche e regionali. In mancanza di una espressa indicazione nella decisione del motivo per cui l'*amparo* sia stato considerato ammissibile per la sua speciale rilevanza costituzionale⁽⁷⁹⁾ e a fronte della espressa indicazione da parte del Tribunale che «la domanda formulata contiene questa specifica menzione» della speciale rilevanza e che comunque si era considerato come effettivamente esistente tale requisito, il motivo dell'ammissibilità del ricorso è probabilmente ascrivibile all'esigenza di chiarire il profilo di un diritto fondamentale, quello di manifestazione, che è modalità particolare del diritto di riunione, sui limiti costituzionali del quale nei confronti del diritto di partecipazione politica esisteva già giurisprudenza costituzionale, ma mancava una pronuncia riguardante la più specifica ipotesi oggetto del ricorso. Il Tribunale ha infatti sostenuto che proprie recenti decisioni riguardavano l'ammissibilità delle manifestazioni nel periodo della campagna elettorale, mentre in questo caso si chiedeva di decidere di tale ammissibilità nel solo giorno precedente le elezioni, quando la campagna elettorale si è già conclusa.

Un caso non diverso sotto il profilo della speciale rilevanza costituzionale in punto di esame di un particolare aspetto di un diritto fondamentale, questa volta quello di difesa, è risolto dalla sent. n. 43 del 2010. Il problema giuridico qui affrontato riguarda la mancanza di adeguata citazione di cittadini stranieri, proprietari di un immobile aggiudicato all'asta, considerati lesi nel loro diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, e che pur interponendo il particolare *incidente de nulidad de actuaciones* avevano visto rigettare la loro pretesa. L'esame di questo particolare strumento processuale, che, come si è ricordato, fa parte, insieme al requisito della speciale rilevanza costituzionale, della “strategia” della riforma dell'*amparo*, introdotta dalla legge organica n. 6 del 2007, ha consentito al Tribunale costituzionale di chiarire quale fosse il rilievo di tale *incidente de nulidad de actuaciones* presentato dai ricorrenti al giudice ordinario. Tale peculiare ricorso che, se correttamente interpretato dai giudici, permette di riparare alla lesione di un diritto (anche quando questo non sia di natura processuale), senza necessità di instaurare il ricorso di *amparo* di fronte al Tribunale costituzionale, proprio perché non considerato dalla giurisdizione ordinaria

⁽⁷⁹⁾ È chiaro che la decisione con la quale il Tribunale costituzionale decide dell'*amparo*, non deve necessariamente indicare l'esistenza del requisito, posto che questo va valutato nella precedente fase della *admisión a trámite*, ma talora negli *antecedentes* della sentenza o per rispondere ad una allegazione di una parte processuale, sollevata successivamente alla fase di valutazione dell'ammissibilità ed in cui si eccipisce la mancanza del requisito, è possibile che la sentenza evidenzi in cosa consista, nella fattispecie, la speciale rilevanza costituzionale.

nel suo giusto valore aveva contribuito, nella fattispecie, a reiterare la lesione del diritto fondamentale alla difesa. L'*amparo* risolto ha consentito, dunque, di chiarire il rilievo di uno strumento giuridico che il giudice ordinario aveva misconosciuto ledendo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale sul diritto di difesa nei processi di esecuzione. L'organo di controllo della costituzionalità ha stigmatizzato la cattiva interpretazione giurisdizionale, rivolgendo un monito ai giudici perché questi applichino correttamente il nuovo strumento processuale utile a ridurre il carico di lavoro del Tribunale costituzionale nella garanzia dei diritti fondamentali, contribuendo alla più tempestiva e diretta tutela di questi ultimi.

Un altro interessante caso di *amparo* è quello deciso dalla sent. n. 58 del 2010, nella quale le modalità di comunicazione degli atti processuali attraverso fax, a fronte di una decisione del Tribunale costituzionale precedente, ma riguardante un caso non del tutto analogo, sono alla base del ricorso e la speciale rilevanza costituzionale deriva «dalla mancanza di pronunce nel merito nella giurisprudenza costituzionale sulle condizioni che nell'ambito della giurisdizione ordinaria devono avere gli atti di comunicazione processuale realizzati mediante fax perché siano compatibili con la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 Cost.)». Il ricorso ha consentito di chiarire il senso di una sentenza precedente sulla quale il ricorrente basava la sua pretesa ad ottenere l'*amparo*.

Analogamente si fonda sul requisito della mancanza di *doctrina constitucional* l'*amparo* risolto con la sent. n. 15 del 2011, la quale, però, nella valutazione dello speciale profilo di un diritto fondamentale, il segreto delle comunicazioni nell'ambito penitenziario (art. 18.3 Cost., in combinato con i principi dell'art. 25.2 Cost.), applica insieme a tale criterio anche quello della lesione di un diritto fondamentale da parte di una disposizione che, pur non essendo di legge, ha efficacia generale in relazione a determinati soggetti: i detenuti di una casa di reclusione. L'interessante caso risolto riguardava, infatti, la violazione del diritto al segreto delle comunicazioni dei detenuti da parte della *nota informativa* del direttore del penitenziario che subordinava la trasmissione delle richieste formulate dai detenuti al giudice di sorveglianza penitenziaria, ove tali richieste fossero inviate in busta chiusa, alla indicazione della questione da cui promanava la richiesta.

Riguarda l'ipotesi della «carezza di pronunce del Tribunale che definiscano le conseguenze costituzionali» del caso in esame, rispetto a casi precedenti, consentendo di «chiarire il senso e la portata della *doctrina constitucional*» l'*amparo* risolto con la sent. n. 17 del 2011. La decisione riguarda l'interpretazione da parte del giudice delle regole processuali⁽⁸⁰⁾ sulla sostituzi-

⁽⁸⁰⁾ Si trattava delle regole sulle modalità di sostituzione dei difensori, in virtù delle quali il giudice, non considerando correttamente presentato il nuovo difensore della parte, poteva escludere quest'ultima dalla partecipazione al giudizio.

tuzione di un difensore ad un altro, dotato di funzioni di difesa tecnica, ma privo della rappresentanza processuale (mentre precedenti decisioni del Tribunale costituzionale riguardavano l'esistenza nel difensore anche di tale ultimo potere).

È invece ricostruita dal Tribunale costituzionale come un'ipotesi di migliore definizione della *doctrina constitucional* su di un diritto fondamentale (quello alla non discriminazione nell'ambito lavorativo) a fronte del sorgere di nuove realtà sociali l'*amparo* risolto dalla sent. n. 26 del 2011. La decisione ritiene leso il diritto in esame, non come in genere avviene, per motivi di sesso, nei confronti della lavoratrice madre, ma in base alle condizioni familiari di un lavoratore con figli minori cui non era stato consentito di modificare l'orario di lavoro, inibendogli così la possibilità di conciliare la vita lavorativa con quella familiare.

Al chiarimento, alla miglior definizione ed al completamento di orientamenti giurisprudenziali in tema di possibile lesione del principio di uguaglianza nell'ambito delle relazioni lavorative, è anche dedicata la sent. n. 36 del 2011 che si occupa dei problemi della retribuzione nel caso in cui le differenze retributive siano imputabili non ad un contratto collettivo, ma ad una decisione unilaterale del datore di lavoro⁽⁸¹⁾.

Il caso risolto dalla decisione n. 59 del 2010 può essere invece considerato come un'ipotesi tra le più gravi della speciale rilevanza costituzionale, cioè la non applicazione da parte della giurisdizione ordinaria della giurisprudenza costituzionale con riguardo alle regole sulla prescrizione del reato. L'*amparo* viene concesso per lesione dell'art. 24.2 Cost. in tema di diritto ad un giusto processo e dell'art. 25.1 relativo al principio di legalità penale perché il giudice, applicando la diversa interpretazione formulata dal Tribunale supremo, ma avversata dal Tribunale costituzionale, riteneva che fosse sufficiente ad interrompere il termine di prescrizione del reato la presentazione di una querela o di una denuncia (e non l'esistenza di un «acto de interposición judicial» come invece sosteneva il Tribunale costitu-

⁽⁸¹⁾ In tale caso, sia le ricorrenti che il Pubblico Ministero giustificavano il requisito della speciale rilevanza costituzionale con l'esistenza di sentenze contraddittorie della giurisdizione ordinaria. In particolare il Pubblico Ministero, pur ritenendo che il Tribunale costituzionale dovesse valutare in modo non formalista il requisito, sosteneva che poteva considerarsi come non applicata in modo generalizzato e reiterato la *doctrina constitucional* sul diritto fondamentale in esame, richiamandosi all'ipotesi indicata al punto e) del *Fundamento jurídico* 2 della sent. n. 155 del 2009. Il Tribunale costituzionale ha invece fondato il requisito di ammissibilità dell'*amparo*, come si è detto, sull'esigenza di chiarire e completare la propria giurisprudenza a riguardo. Sul fatto che il Tribunale costituzionale possa individuare in modo diverso rispetto a quanto non abbia indicato il ricorrente l'esistenza della speciale rilevanza costituzionale, H. LOSADA GONZÁLEZ, *Admisión en el recurso de amparo*, cit., 89. In tema anche J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 60 s.

zionale). In questa ipotesi, dunque, l'*amparo* è servito a risolvere una profonda contrapposizione interpretativa da cui promanava, seguendo l'esegesi della norma accolta dal Tribunale supremo (l'art. 132.2 del Cod. pen.), la lesione degli artt. 5.1 e 7.2 della legge organica sul potere giudiziario e cioè la superiorità della *doctrina* del Tribunale costituzionale in tema di garanzia dei diritti fondamentali.

In altri *amparos*, sembra invece che si faccia applicazione della ultima clausola della sent. n. 155 del 2009, riguardante il rilievo politico della questione, trattandosi di ricorsi riguardanti la lesione perpetrata da atti parlamentari nei confronti della funzione di controllo affidata ai componenti delle assemblee rappresentative, essendo allora in gioco il principio della adeguata rappresentanza politica dei cittadini e della possibilità che gli eletti possano esercitare le loro funzioni. Questo è ad esempio il caso risolto dalle sentt. nn. 33 e 44 del 2010 e 29 del 2011 che annullano deliberazioni dell'Ufficio di presidenza del Parlamento della Comunità autonoma di Valencia che non aveva ammesso, senza adeguata motivazione, interrogazioni parlamentari e *proposiciones no de ley* di un gruppo parlamentare dell'opposizione.

Se, dunque, alcuni degli *amparos* risolti in questa prima fase di applicazione della riforma della legge organica, possono essere inquadrati, per espressa indicazione contenuta nelle decisioni che li risolvono, o, in modo implicito, in una delle ipotesi previste dalla sent. n. 155 del 2009, esistono casi nei quali, in mancanza di qualunque giustificazione esplicita sulla speciale rilevanza costituzionale che ha consentito al Tribunale costituzionale di giudicare dell'*amparo*, pare che la decisione di questo sia fondata sulla necessità di esaminare un particolare aspetto del diritto, come avviene nella sent. n. 37 del 2011. Nella fattispecie si valutava, infatti, la possibile lesione, ritenuta dal Tribunale effettivamente esistente, del diritto all'integrità fisica di un paziente che aveva accusato una lesione permanente a seguito di un intervento, sulle cui conseguenze e sul cui possibile esito (pur non essendo in pericolo di vita né in stato di incoscienza) non era stato informato, non avendo così potuto prestare il proprio consenso. La ricostruzione della natura del consenso informato che è «meccanismo di garanzia per l'effettività del principio di autonomia della volontà del paziente» e che, dunque, deve necessariamente essere fornito quando non sussistano motivi di urgenza del trattamento o di pericolo di vita, consente di meglio definire un certo profilo del diritto fondamentale disciplinato dall'art. 15 Cost.

Non mancano, infine, casi nei quali il Tribunale costituzionale si è espresso sull'ipotesi della sussistenza o meno della speciale rilevanza costituzionale quando la probabile violazione del diritto assuma la natura di grave pregiudizio per il ricorrente.

Così, l'auto n. 29 del 2011, emesso dalla *Sección Primera*⁽⁸²⁾, ha rigettato il ricorso del Pubblico Ministero che considerava invece ammissibile l'*amparo*, ritenendo esistente un grave pregiudizio per i titolari del diritto alla *tutela judicial efectiva*, genitori di una bambina disabile, che eccepiavano la mancanza di valutazione, da parte del giudice, della prova che avrebbe consentito di rendere responsabile il servizio sanitario catalano per non aver diagnosticato tempestivamente una anomalia fetale riconoscibile. In particolare, il Pubblico Ministero invitava il Tribunale costituzionale a considerare le «speciali circostanze concorrenti nel caso, l'iter processuale seguito», la risposta negativa fornita dal giudice all'*incidente de nulidad* presentato dai ricorrenti (giudice, il quale, tra l'altro, aveva fatto riferimento alla disposizione disciplinatrice dell'*incidente* nella formulazione letterale precedente a quella introdotta dalla legge organica n. 6 del 2007) e «l'esistenza di un pregiudizio di grave entità» e «con impacto vital de especial importancia para los demandantes de amparo». Valutando le ipotesi di speciale rilevanza costituzionale individuate dalla sent. n. 155 del 2009 e sottolineando che queste non componevano un elenco chiuso, il Pubblico Ministero auspicava che potessero rivestire tale speciale rilevanza casi nei quali, come nella presente fattispecie, l'*amparo* era basato su un grave pregiudizio per i ricorrenti (in analogia con la disciplina del ricorso diretto esistente nel sistema tedesco). A parere della pubblica accusa il ritenere ammissibile l'*amparo*, nel caso in esame, avrebbe inoltre spinto gli organi giurisdizionali, in ipotesi simili, a rispettare la normativa introdotta dalla nuova legge organica in tema di *nulidad de actuaciones*, non considerando tale *incidente* come un mero *trámite formal*, utile solo ad esaurire le vie giurisdizionali precedenti all'*amparo*.

A fronte di tale argomentazione il Tribunale costituzionale, probabilmente convinto dell'inammissibilità del ricorso per la non esistenza della lesione del diritto alla *tutela judicial*, non ha attribuito eccessiva importanza al fatto che l'*incidente de nulidad* fosse stato interpretato alla luce della disciplina precedente a quella applicabile. A questo proposito, infatti, l'organo di controllo della costituzionalità ha ritenuto che il giudice avesse dato adeguata risposta alle pretese delle parti e che le caratteristiche dell'*incidente* fossero già state individuate dalla giurisprudenza costituzionale con la sent. n. 43 del 2010.

Quanto, invece, alla particolare gravità della lesione subita dai ricorrenti, il Tribunale costituzionale ha rifiutato espressamente l'idea che l'elenco delle possibili ipotesi di speciale rilevanza costituzionale indicate nella sent. n. 155 del 2009 consentisse di includere anche il caso del grave

(82) Tale Sezione è autorevolmente composta, dopo il recente rinnovo del Tribunale costituzionale nel gennaio 2011, dal nuovo Presidente, P. Sala Sánchez, e dai giudici M. Aragón Reyes e A. Asua Batarrita.

pregiudizio soggettivo che è invece previsto nel sistema tedesco ed, in particolare, che tale criterio potesse rientrare nell'ultimo caso indicato in questa decisione. L'organo di controllo della costituzionalità ha inoltre ricordato che nei lavori preparatori della legge organica si è espressamente escluso il criterio della gravità della lesione, prendendosi così le distanze dalla legislazione esistente a riguardo nell'ordinamento tedesco.

6. Qualche considerazione conclusiva.

Pare, dunque, che il Tribunale costituzionale, applicando la nuova disciplina, avanzi decisamente verso l'oggettivazione dell'*amparo*, utilizzando specie allo scopo di chiarire, di innovare o di meglio imporre i propri orientamenti di « interprete supremo » della Carta fondamentale. Se si ritiene utile ragionare sull'introduzione di certi istituti (e anche sulla loro disciplina modificativa) considerando sempre un dato e concreto « contesto » e « il momento storico » nel quale avviene l'innovazione⁽⁸³⁾, non si può disconoscere che l'oggettivazione dell'*amparo* sia segno dell'attuale stagione che sta vivendo l'ordinamento spagnolo. Se l'*amparo*-tutela⁽⁸⁴⁾, rispondeva all'esigenza di fortificare i diritti fondamentali introdotti da una neonata Costituzione democratica, contro la possibile prevaricazione dei pubblici poteri in uno scenario in cui non esisteva alcuna certezza che i giudici, adusi ad un regime autoritario, esercitassero per primi tale funzioni di garanzia, non pare dubbio che il contesto sia sotto questi profili assai mutato. Il sorgere dell'*amparo*-controllo⁽⁸⁵⁾, ristabilisce certamente la natura eccezionale di un ricorso che dovrebbe essere utilizzato specie quando « manca la garanzia di protezione dei diritti » da parte dei giudici⁽⁸⁶⁾, una garanzia che pare da tempo esistere nel sistema spagnolo. Il « nuovo » *amparo* è inoltre in linea con le modalità che anche in altri ordinamenti che conoscono il ricorso diretto al Tribunale costituzionale sono stati adottati per evitare la paralisi nel funzionamento degli organi di controllo di costituzionalità⁽⁸⁷⁾.

Il percorso giurisprudenziale in materia è solo all'inizio e dunque ancora non consente un bilancio sul come il Tribunale abbia « amministrato » la disciplina dell'ammissibilità del ricorso. Tale percorso non è stato però

⁽⁸³⁾ Per un tale invito, considerando la possibile introduzione del ricorso diretto nel sistema italiano, R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso*, cit., 632.

⁽⁸⁴⁾ Per tale espressione, M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la Ley Orgánica*, cit., 35.

⁽⁸⁵⁾ Per l'uso di tale terminologia ancora M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la Ley Orgánica*, cit., 35.

⁽⁸⁶⁾ Così J. PÉREZ ROYO (rev. da M. CARRASCO DURÁN), *Curso de Derecho constitucional*, cit., 475.

⁽⁸⁷⁾ S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, cit., 113 ss.

privo di incongruenze. È vero, infatti, che si è dovuta necessariamente realizzare una « applicazione simultanea di due legislazioni differenti », a causa della sostituzione di una disciplina ad un'altra⁽⁸⁸⁾ in tema di ammissibilità del ricorso a secondo della data di presentazione del medesimo, ma ciò ha talora causato stridenti disparità di trattamento nei confronti degli stessi ricorrenti. Basti pensare che consiglieri comunali, componenti di una commissione consiliare, ma privati del diritto di voto in tale organo, perché non iscritti ad alcun gruppo, che avevano visto garantita la loro pretesa all'accertamento della lesione dell'art. 23 Cost., con la sent. 20 del 2011, presentando analogo ricorso qualche giorno dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, perché come componenti di una diversa (e successivamente istituita) commissione consiliare erano stati analogamente privati del diritto di voto nelle deliberazioni di quest'ultima, si sono visti rigettare il ricorso per mancanza di speciale rilevanza costituzionale, anche se la lesione del loro diritto di partecipazione ai pubblici affari era già stata individuata dalla precedente decisione, perché l'*amparo* per la nuova violazione della stessa posizione giuridica, che era certa, non avrebbe potuto servire a chiarire o modificare giurisprudenza precedente⁽⁸⁹⁾.

Inoltre, e questo è forse uno degli aspetti più problematici dell'applicazione della nuova disciplina dell'ammissibilità, non sempre è sufficientemente chiaro perché il Tribunale costituzionale non ritenga esistente la speciale rilevanza o perché, viceversa, la consideri sussistente. L'emissione di *providencias de inadmisión* non motivate non aiuta in tale opera di chiarificazione e, anche se il Tribunale costituzionale ha talora compiuto, ad esempio nella sent. n. 155 del 2009 ed in successive decisioni, già ricordate, quell'utilissimo sforzo di interpretazione che anche la dottrina italiana aveva auspicato in caso di oggettivazione del ricorso, per garantire « sufficiente prevedibilità e certezza circa l'uso delle categorie dei procedimenti di ammissibilità »⁽⁹⁰⁾, in altre pronunce non è facile capire perché abbia preferito occuparsi della presunta lesione del diritto né pare che abbia dato

⁽⁸⁸⁾ Così J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2009*, cit., 312, che ritiene fisiologico questo evento, valutando una ipotesi precedente (ma analoga a quella che si ricorda nel testo) ed oggetto dell'*auto* n. 284 del 2009, lesione che era stata accertata dalle sent. nn. 186 e 198 del 2009.

⁽⁸⁹⁾ In tal senso, l'*auto* n. 46 del 2011, che rigetta il *recurso de súplica* nel quale il Pubblico Ministero aveva argomentato che il fatto che un ricorso per la stessa lesione fosse stato ammesso era « determinante per apprezzare l'esistenza del requisito della speciale rilevanza costituzionale; dato che l'eventuale accoglimento delle domande ammesse produrrebbe, in relazione a quelle non ammesse, una contraddizione lesiva della certezza del diritto e una speciale intensità della lesione del diritto fondamentale allegato, cosa che renderebbe necessario dare un trattamento unico a tutte le domande ».

⁽⁹⁰⁾ Per tale auspicio, considerando proprio il possibile rafforzamento del profilo oggettivo dell'*amparo* già E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 132.

conto con chiarezza dello scopo oggettivo al cui perseguimento il ricorso forniva l'occasione⁽⁹¹⁾, cosa invece estremamente utile almeno in questo iniziale, difficile periodo di attivazione del "nuovo" *amparo*.

⁽⁹¹⁾ Non è facile comprendere la speciale rilevanza costituzionale del ricorso, ad esempio, nella sent. n. 25 del 2011 riguardante la possibile lesione del diritto alla segretezza delle comunicazioni, in caso di intercettazioni telefoniche utilizzate nel processo penale, o nella sent. n. 45 del 2011 che giudica di un *amparo* presentato perché il ricorrente era stato condannato in secondo grado dopo la revoca della sentenza di assoluzione, senza essere stato udito dal giudice d'appello. In entrambi i casi pare che il Tribunale costituzionale abbia giudicato della possibile violazione del diritto fondamentale con riguardo a profili che sembrano consolidati nella sua giurisprudenza ed accettati dai giudici ordinari, anche se non può essere certo negata la rilevanza soggettiva della pretesa dei ricorrenti ed è possibile che l'organo abbia voluto semplicemente ribadire propri precedenti.