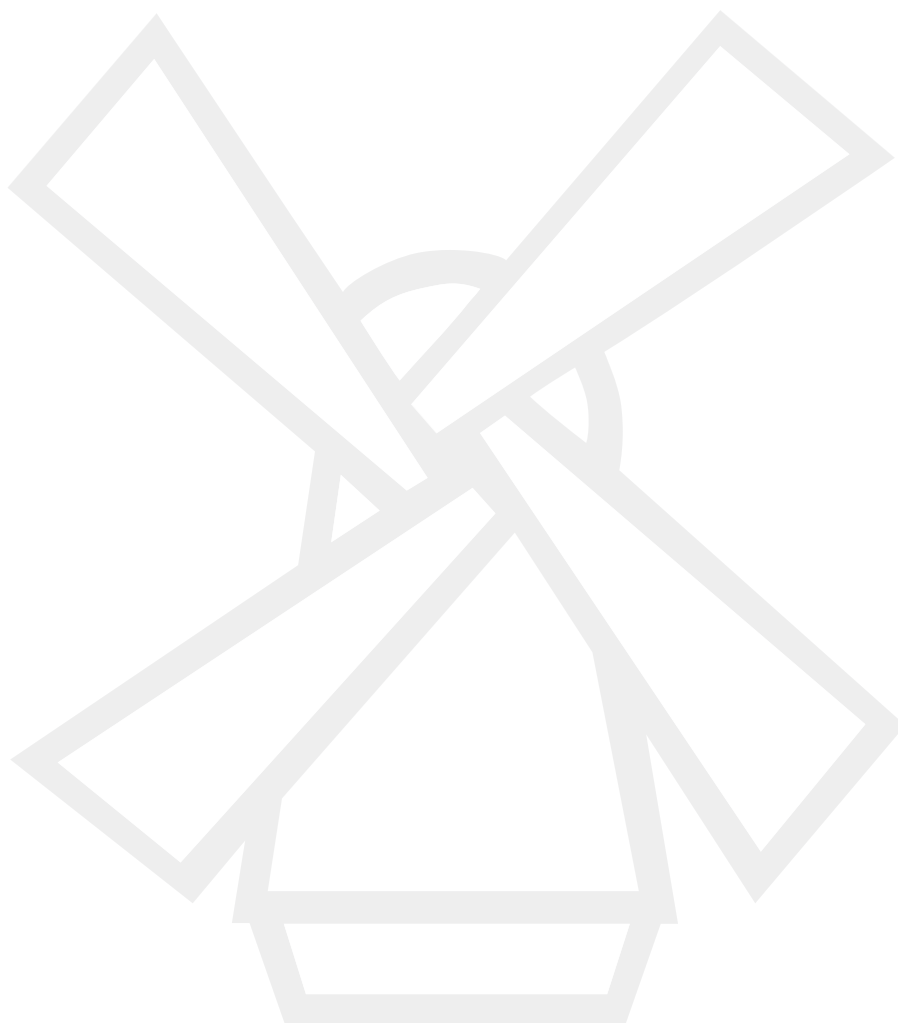




copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna

I lettori che desiderano informarsi  
sui libri e sull'insieme delle attività della  
Società editrice il Mulino  
possono consultare il sito Internet:

**[www.mulino.it](http://www.mulino.it)**

---

Gustavo Zagrebelsky  
Valeria Marcenò

---

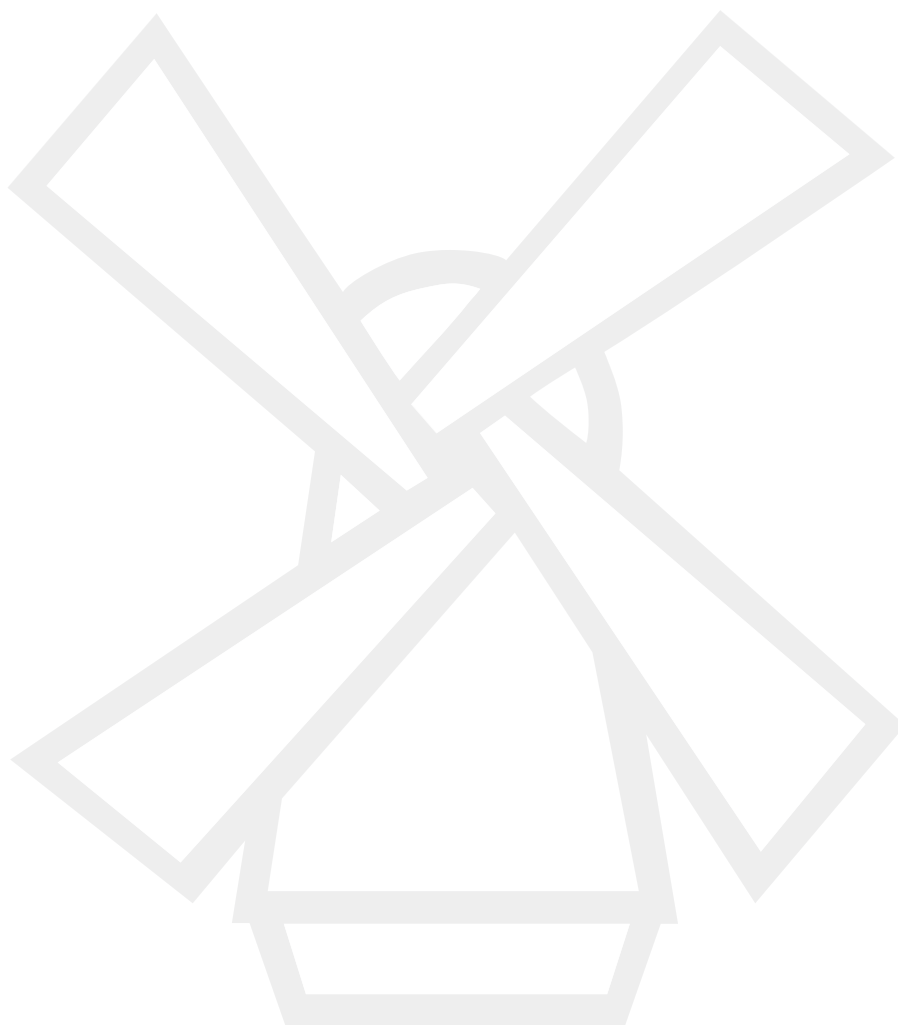
# Giustizia costituzionale

---

II. Oggetti, procedimenti, decisioni

copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna

il Mulino



copyright © 2018 by

Società editrice il Mulino,

Bologna

---

ISBN 978-88-15-26577-7

Copyright © 2007 by Società editrice il Mulino, Bologna. Seconda edizione 2018. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d’Autore. Per altre informazioni si veda il sito [www.mulino.it/edizioni/fotocopie](http://www.mulino.it/edizioni/fotocopie)

Redazione e produzione: Edimill srl - [www.edimill.it](http://www.edimill.it)

# Indice

Prefazione p. 7

## SEZIONE I. LA CORTE COSTITUZIONALE

I. Giudici e giudizi costituzionali 11

### PARTE I. I GIUDICI COSTITUZIONALI

1. Un'istituzione *sui generis* 11
2. Chi sono i giudici costituzionali 13
3. *Status* dei giudici costituzionali 17

### PARTE II. LA CORTE COSTITUZIONALE

4. Garanzie d'indipendenza dell'istituzione-Corte 23
5. Garanzie d'indipendenza auto-organizzativa: i regolamenti della Corte costituzionale 24
6. Regole di organizzazione e funzionamento 28
7. Trattazione e provvedimenti 34

### PARTE III. DELIBERARE IN DIRITTO COSTITUZIONALE

8. Collegialità 36
9. Giudicare e votare 38
10. Opinioni separate? 43

### PARTE IV. DEFINIZIONI

11. Che cosa è e che cosa non è la Corte costituzionale 47

## SEZIONE II. IL GIUDIZIO SULLE LEGGI

II. L'oggetto 55

1. Gli atti oggetto del controllo di legittimità costituzionale 55
2. L'insindacabilità dei regolamenti del potere esecutivo 56
3. L'individuazione in concreto degli atti aventi forza di legge: i decreti legislativi delegati 57
4. La sindacabilità del decreto-legge 60
5. La teoria della «primarietà» dell'atto: concezione formale e sostanziale 65

*Sebbene il presente volume sia il risultato di riflessioni intercorse tra i due autori, la sua elaborazione e la sua stesura si devono alla prof.ssa Valeria Marcenò.*

6.	«Forza di legge» come fungibilità e come alternatività rispetto alla legge	p. 71
7.	a) Il referendum abrogativo	72
8.	b) I regolamenti degli organi costituzionali	75
9.	c) Le leggi di rango costituzionale	77
10.	d) Gli atti comunitari: regolamenti e direttive	79
11.	e) I contratti collettivi di lavoro	81
III.	I procedimenti di controllo della costituzionalità delle leggi	83
	Introduzione: diritto processuale o procedure costituzionali?	83
	PARTE I. I CARATTERI GENERALI DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ SULLE LEGGI	
1.	Controllo sulle leggi accentrato, diffuso, preventivo, successivo	88
2.	I sistemi di instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi. Sguardo d'insieme	93
3.	I procedimenti di instaurazione adottati: caratteri generali	95
	PARTE II. IL GIUDIZIO INCIDENTALE	
4.	L'origine giudiziaria della questione incidentale	96
5.	La determinazione caso per caso della giurisdizionalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale	100
6.	L'iniziativa nel giudizio incidentale	107
7.	Le condizioni di proponibilità delle questioni incidentali	111
8.	Il <i>thema decidendum</i> nel giudizio incidentale	128
9.	Le strettoie derivanti dall'incidentalità della questione costituzionale	133
10.	L'ordinanza che solleva la questione di costituzionalità	139
11.	Rapporti di autonomia e dipendenza tra processo costituzionale e processo <i>a quo</i>	143
	PARTE III. IL GIUDIZIO DIRETTO	
12.	Il giudizio in via principale (o di azione): caratteri generali	153
13.	Il vizio d'incostituzionalità della legge nei giudizi di legittimità promossi in via principale	163
14.	Il procedimento di fronte alla Corte costituzionale	167
15.	Il controllo sugli statuti delle Regioni ordinarie	170
IV.	Le decisioni	173
	PARTE I. SPOSTAMENTO DI PROSPETTIVA	
1.	Da giurisdizione di repressione a giurisdizione d'interpretazione	173
2.	Giurisdizione d'interpretazione	174
3.	Conseguenze: l'interpretazione conforme e l'incostituzionalità come ultima risorsa	176
	PARTE II. DECISIONI DI RIGETTO E DECISIONI DI ACCOGLIMENTO	
4.	Le decisioni di rigetto delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi	179

5. Le decisioni di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale	p. 182
6. L'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità	192
PARTE III. L'OGGETTO DELLE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE NEL GIUDIZIO SULLE LEGGI	
7. Scindibilità tra disposizioni e norme: presupposto delle decisioni intermedie	202
8. Norme impossibili, norme possibili, diritto vivente	204
9. Il diritto vivente come autolimitazione delle possibilità interpretative della Corte	210
PARTE IV. INTERPRETAZIONE E MANIPOLAZIONE DELLA LEGGE	
10. Le sentenze interpretative, di accoglimento e di rigetto. La «doppia pronuncia»	221
11. Decisioni d'inammissibilità per carenza d'interpretazione conforme	226
12. Le decisioni manipolative. Tipologie	229
13. Problemi di ammissibilità delle decisioni manipolative, in generale	233
14. Decisioni d'inammissibilità per discrezionalità del legislatore	238
15. Le sentenze additive di principio	241
16. Problemi speciali di ammissibilità delle decisioni d'incostituzionalità che comportano spese a carico del bilancio dello Stato	247
17. Le sentenze-monito	251
PARTE V. IL «GIUDICATO COSTITUZIONALE» NEL GIUDIZIO SULLE LEGGI	
18. Il giudicato costituzionale	257
SEZIONE III. I CONFLITTI COSTITUZIONALI	
Considerazioni d'insieme	265
V. I conflitti tra i poteri dello Stato	271
1. L'ambito soggettivo del conflitto	271
2. L'ambito oggettivo del conflitto (il fondamento costituzionale)	279
3. I vizi deducibili nel conflitto tra i poteri	282
4. Gli atti che possono determinare il conflitto	285
5. La legittimazione processuale	289
6. Il ricorso e il procedimento	292
7. La decisione	297
VI. I conflitti tra Stato e Regioni	301
1. Ambito soggettivo del conflitto	301
2. Ambito oggettivo: gli atti all'origine del conflitto	302

3. I vizi deducibili	p. 307
4. Il «tono costituzionale» del conflitto	310
5. Esistenza di un atto lesivo e carattere reale del conflitto	314
6. Il ricorso	317
7. La legittimazione processuale	320
8. Estensione del contraddittorio	322
9. L'interesse, l'acquiescenza, la cessazione della materia del contendere	324
10. La decisione del conflitto	327
11. Il rapporto del giudizio sul conflitto con la giurisdizione comune	329

#### SEZIONE IV. LE ALTRE FUNZIONI

VII. Il giudizio penale costituzionale	335
1. Sguardo generale: la «giustizia politica»	335
2. L'origine storica della giustizia politica e la sua <i>ratio</i> attuale	337
3. La riforma del 1989	341
4. Le ipotesi di responsabilità penale costituzionale del presidente della Repubblica	343
5. I reati presidenziali	344
6. L'estensione della giurisdizione penale costituzionale per concorso e connessione	348
7. Il procedimento parlamentare: <i>a)</i> il Comitato parlamentare referente	351
8. <i>b)</i> Le Camere riunite	354
9. <i>c)</i> I commissari d'accusa	355
10. La Corte costituzionale nella composizione integrata	358
11. Il processo: <i>a)</i> la fase preliminare al giudizio	362
12. <i>b)</i> Il dibattimento e la decisione	364
13. Le sanzioni e la loro esecuzione	367
14. Sguardo di sintesi: la qualificazione delle fasi del procedimento penale costituzionale e il problema dei loro rapporti	369
VIII. Il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo	373
1. Sguardo introduttivo	373
2. Il procedimento	374
3. Gli interventi nel procedimento	376
4. Esame autonomo, richiesta per richiesta	378
5. Cause di inammissibilità al di là della lettera dell'art. 75	379
6. La rilevanza della normativa di risulta	385
7. La questione della «reviviscenza»	387
8. L'intenzione dei promotori	389
9. L'abrogazione parziale e i referendum elettorali	390
10. I referendum elettorali alla ricerca d'uno <i>status</i> soddisfacente	392
11. Sguardo conclusivo	393



## Prefazione

Questa nuova edizione della *Giustizia costituzionale* è l'esito di una profonda rielaborazione e di un notevole ampliamento della precedente. La mole ch'essa ha raggiunto ha consigliato di dividere la trattazione della materia in due volumi. Il primo, curato dall'antico autore già della prima edizione che risale al 1979, è dedicato ad aspetti generali: storia concettuale e politica della giustizia costituzionale, la Costituzione e il suo uso giudiziario, l'interpretazione, le prospettive nella attuale fase critica del diritto costituzionale. Il secondo volume, dovuto alla più giovane autrice, è dedicato specificamente al sistema di giustizia costituzionale vigente in Italia e tratta della struttura e del funzionamento della Corte, e delle sue singole competenze: oggetti, procedimenti e decisioni.

I due volumi che si pubblicano entrambi a doppia firma sono il risultato di riflessioni comuni maturate negli anni. Sono autonomi, ma si integrano l'uno con l'altro. Sono autonomi perché si prestano a letture separate; ma si integrano perché la trattazione generale non può che fare frequenti riferimenti esemplificativi a quella speciale e quella speciale, a sua volta, non può non fare frequenti riferimenti esplicativi a quella generale. Per consentire la lettura autosufficiente di ciascun volume, si è avuta cura, tuttavia, di accompagnare i rinvii interni con le nozioni essenziali di riferimento affinché non risultino vuoti rimandi che il lettore debba riempire ricorrendo necessariamente all'altro volume.

Lo scopo di un «manuale» è la descrizione e la comprensione della materia. La descrizione è l'accostamento dei dati, elencati l'uno dopo l'altro. La comprensione (o spiegazione) presuppone ipotesi ricostruttive attraverso le quali i dati materiali si combinano tra loro in teorie. Questa nuova edizione si è arricchita sia di descrizioni, fornite soprattutto dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, sia di teorie, sollecitate dai nuovi dati materiali. Ma la comprensione non significa, di per sé, anche giustificazione. In tempi recenti la Corte costituzionale, in momenti cruciali della sua attività, si è assunta talora la libertà di affrancarsi da categorie consolidate nella sua stessa pluridecennale giurisprudenza e avvalorate dalla più autorevole dottrina. L'incertezza e l'imprevedibilità

che ne sono derivate, incertezza e imprevedibilità proprie della politica, spiegano le perplessità che in diverse parti di questo testo trovano spazio.

La fedeltà alle radici della nostra formazione spiega la dedica anche di questa nuova edizione, ancora una volta, a Giuseppino Treves del quale amiamo ripetere: maestro di diritto, esempio di operosità scientifica, modello di probità. Al ricordo di lui è associato quello di Franco Pierandrei, Leopoldo Elia e Giorgio Lombardi. Tutti, ciascuno a suo modo, hanno dato la loro impronta importante e duratura al diritto costituzionale torinese. Ci hanno lasciati, ma non c'è stato abbandono, né loro di noi, né nostro di loro.

GUSTAVO ZAGREBELSKY    VALERIA MARCENÒ



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna



### PARTE I. I GIUDICI COSTITUZIONALI

#### 1. Un'istituzione *sui generis*

Talora l'organo crea la funzione e talaltra la funzione crea l'organo. La giustizia costituzionale, cioè la decisione giudiziaria delle controversie costituzionali che si sviluppa «naturalmente» come potenzialità intrinseca della funzione giudiziaria nel contesto del *rule of law*, è un esempio di organi che creano la funzione trasmettendole i propri caratteri. Invece, la decisione giudiziaria delle controversie costituzionali che si innesta «artificialmente» nel contesto dello *Stato di diritto* della tradizione europea è un esempio di funzione che richiede la creazione di un organo appropriato *ad hoc* (vol. I, pp. 18 ss.).

I caratteri della giustizia costituzionale influiscono, dunque, sui caratteri delle Corti costituzionali (poi, di ritorno, i caratteri delle Corti influiranno sulle loro concrete prestazioni di giustizia costituzionale). Per questo, che cosa siano le Corti equivale a chiedersi che cosa sia la giustizia costituzionale e, alla fine, che cosa sia la Costituzione di cui la giustizia costituzionale è una funzione: Corti, giustizia e Costituzione si intrecciano reciprocamente. Un'idea già espressa al tempo della controversia Kelsen-Schmitt sulla giustizia costituzionale: «I concetti di controversia costituzionale, giustizia costituzionale e costituzione si implicano così strettamente nel loro contenuto che non solo un mutamento del concetto di costituzione modifica il concetto di controversia costituzionale ma anche che, al rovescio, una nuova prassi nei processi costituzionali e nella giustizia costituzionale può modificare la natura della costituzione»<sup>1</sup>. Parte essenziale dei «processi costituzionali» è la natura dell'organo – la Corte o il Tribunale costituzionale – presso il quale essi si svolgono. Si comprende, dunque, che questo sia un aspetto concreto essenziale del

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1931; trad. it. *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 53.

sistema di giustizia costituzionale che la Costituzione presegge per affidargli la propria garanzia<sup>2</sup>.

Pur nella varietà delle realizzazioni concrete, esistono caratteristiche comuni che distinguono nettamente le Corti e i Tribunali costituzionali sia dalle comuni Corti di giustizia, sia dagli organi politici. Si dice che sono organi *sui generis*. Infatti, come regola, i membri che li compongono hanno caratteristiche diverse da quelle dei giudici comuni, ancorché agiscano secondo *procedure di tipo giudiziario*. Si tratta normalmente di *collegi giudicanti più ampi* delle ordinarie Corti di giustizia. Sotto certi aspetti, li fa assomigliare a *piccole assemblee* specializzate. Queste assemblee sono normalmente *composte da giuristi* con esperienze pluriennali nei diversi settori professionali del diritto; ma il titolo in virtù del quale sono scelti non è la preparazione tecnico-giuridica accertata attraverso un pubblico concorso, ma è un titolo *giuridico-politico-culturale*. Sono selezionati secondo *valutazioni discrezionali di attitudine* svolte da organi costituzionali di garanzia e da assemblee parlamentari. Quando si tratta di scelte che si fanno attraverso elezioni, sono normalmente previste *maggioranze qualificate* per dare spazio alle minoranze, accanto alle maggioranze. In sintesi, mentre nei collegi giudicanti ordinari prevale l'unicità della fonte e l'omogeneità della loro composizione garantita dalle competenze tecniche, nei collegi di giustizia costituzionale, *le fonti delle scelte sono spesso plurime* e, accanto alla comune appartenenza dei loro membri al mondo del diritto, si affaccia l'esigenza di rappresentanza d'un pluralismo che riflette i caratteri a loro volta pluralistici delle Costituzioni. Le Corti costituzionali sono *organi misti*, sotto diversi aspetti e secondo molteplici possibili combinazioni. Esse sono *organi dotati di stabilità*, il mandato dei loro componenti durando nel tempo più di quello dei titolari di organi politici. I giudici costituzionali, inoltre, non decadono mai tutti insieme allo scoccare di un termine dato alla loro permanenza in carica, ma si rinnovano *pro parte* con continuità. Anche questa è una caratteristica che distingue le Corti dagli altri organi costituzionali, come i governi e i parlamenti che normalmente vengono sostituiti integralmente al verificarsi di date circostanze (dimissioni, elezioni, scioglimento delle Camere ecc.). Infine, sono assicurate le più ampie *garanzie d'indipendenza* sia a ciascuno dei componenti, sia all'organo come tale.

In sintesi, procedure di tipo giudiziario, collegi giudicanti ampi, giuristi di formazione culturale plurima, scelte discrezionali da fonti plurime, garanzie per le minoranze, organi composti, stabili e continuativi, indipendenza assoluta: tutto ciò spiega perché le Corti costituzionali non sono inquadrabili secondo la classica tipologia della tripartizione dei poteri e giustifica la definizione, altrimenti incomprensibile, di *istituzioni sui generis*.

<sup>2</sup> Così, già all'inizio della storia della giustizia costituzionale in Europa: H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in «Revue de droit publique et science politique», 1928; trad. it. *La garanzia costituzionale della costituzione [La giustizia costituzionale]*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 174 ss.

*Comparazione.* Le soluzioni adottate nel mondo sono le più varie, a mezzo tra politica e giurisdizione. In Francia, il *Conseil constitutionnel* (organo simile a una potente Corte costituzionale) è composto da nove consiglieri, nominati per un terzo ciascuno dal presidente della Repubblica, e dai presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato. Una commissione parlamentare delle due Camere, tuttavia, a maggioranza qualificata può imporre il suo veto. Ai nove membri si aggiungono gli ex presidenti della Repubblica. Non è previsto che i nominati siano giuristi, provenendo infatti spesso dal mondo della politica. Nella Federazione russa, la Corte costituzionale è eletta dal Consiglio della Federazione (la Camera Alta del Parlamento bicamerale) su proposta del presidente federale. In Germania, la Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*) è composta da sedici giuristi eletti, otto ciascuno, dal *Bundestag* e dal *Bundesrat*, su proposta di un comitato di «grandi elettori» delle due Camere, che delibera a maggioranza dei due terzi. In Spagna, il *Tribunal constitucional* è composto da dodici membri, quattro e quattro eletti dal Congresso dei deputati e dal Senato a maggioranza dei tre quinti, due nominati dal governo e due dal Consiglio generale del Potere giudiziario (simile al nostro Consiglio superiore della magistratura). In Portogallo, i tredici membri sono eletti dieci dal Parlamento con la maggioranza dei due terzi e tre sono cooptati dagli altri giudici. Le combinazioni sono, dunque, assai diverse. Dipendono da molti fattori, prime fra tutti dalle tradizioni nazionali che, talora (come, ad esempio, in Francia), nascono dal sospetto, risalente già al tempo della Rivoluzione, nei confronti dei giudici. Nella Federazione russa e, in genere, nei Paesi dell'ex blocco sovietico, vale una sorta di pregiudizio nei confronti della dottrina liberale della separazione dei poteri, pregiudizio che assegna un plusvalore alle istituzioni politiche su quelle giudiziarie. Si tratta di parzialissime indicazioni, date al solo fine di mostrare che, comparativamente, la soluzione adottata in Italia si caratterizza per una rilevante accentuazione del carattere giurisdizionale, come l'esposizione che segue potrà dimostrare.

## 2. Chi sono i giudici costituzionali

Il sistema di giustizia costituzionale delineato dalla Costituzione italiana negli artt. 134 ss. ha carattere marcatamente giurisdizionale, ma nella composizione della Corte si è tenuto conto del fatto che la garanzia costituzionale non è separabile dalla vita delle istituzioni nel loro insieme. Per questo, la formazione della Corte è complessa, tecnico-giuridica e politico-istituzionale al contempo<sup>3</sup>. In essa si riflette l'analoga complessità già incontrata a proposito dei caratteri dell'interpretazione costituzionale (vol. I, pp. 81 ss.). Nell'interpretazione costituzionale, il rapporto diritto-politico non è un rapporto di contrapposizione ma di ardua integrazione (con la precisazione che qui «politica» non equivale a «partitica», ma a visione istituzionale dei casi costituzionali). Al carattere tecnico-giuridico,

<sup>3</sup> Ad esempio, il deputato Laconi, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei Deputati, Roma, 1970, seduta del 29 novembre 1947, vol. V, p. 4254. Per il dibattito, le numerose proposte e le diverse accentuazioni nell'ambito della composizione «mista», si veda *ibidem*, Commissione per la Cost., II sottocommissione, II sez., 15 gennaio 1947, vol. VIII, pp. 2036 ss. e seduta del 29 novembre 1947, vol. V, pp. 4201 ss. e soprattutto pp. 4237 ss.

corrispondono i requisiti soggettivi richiesti per ricoprire la carica di giudice costituzionale; al lato politico-istituzionale, corrisponde la distribuzione del potere di elezione e di nomina dei giudici tra diversi soggetti costituzionali. Alla fine, lato passivo (requisiti per la carica) e lato attivo (poteri di elezione e di nomina) confluiscono nell'unità complessa del collegio giudicante.

La Corte costituzionale è composta da quindici giudici, scelti tra magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria e amministrative, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con vent'anni di esercizio professionale (art. 135, cpv., Cost.). Cinque giudici sono nominati dal presidente della Repubblica, cinque sono eletti dal Parlamento in seduta comune delle due Camere e i restanti cinque dalle supreme magistrature, ordinaria e amministrative (art. 135, primo comma, Cost.).

Ogni volta che si fa avanti qualche riformatore della Costituzione, l'anzidetta struttura tripartita della Corte costituzionale è messa in discussione. Di tempo in tempo, si propone di introdurre una quota di giudici eletti dalle Regioni. Di recente, nella riforma costituzionale sottoposta a referendum il 4 dicembre 2017 (e bocciata dagli elettori), si proponeva di riscrivere l'art. 135, primo comma, per eliminare l'elezione dei cinque giudici da parte del Parlamento in seduta comune delle due Camere e sostituirla con l'elezione di tre giudici da parte della Camera dei deputati e di due da parte del Senato: Senato che, nelle intenzioni dei promotori della riforma, avrebbe rappresentato il sistema delle autonomie territoriali. Questa nuova configurazione della quota parlamentare dei giudici costituzionali, tuttavia, diede luogo a discussioni e critiche, incentrate sul rischio di disomogeneità nella composizione della Corte, in cui sarebbero entrati soggetti che avrebbero potuto considerarsi rappresentanti d'interessi territoriali parziali.

*Elettorato attivo. a)* I cinque *giudici di scelta presidenziale* sono nominati con decreto controfirmato dal presidente del Consiglio dei ministri (art. 4, l. 11 marzo 1953, n. 87). Questa disposizione, non facendo menzione della proposta ministeriale, si distacca dallo schema ordinario degli atti del presidente della Repubblica previsto nell'art. 89, primo comma, Cost. La soluzione adottata configura la nomina dei cinque giudici come atto presidenziale in senso stretto, senza interferenze governative nel merito delle scelte. Si considerò che, a percorrere l'altra via, pur conforme alla lettera dell'art. 89, si sarebbe concesso al governo, e quindi alla maggioranza governativa, un potere ingiustificato e pericoloso per l'indipendenza della Corte. La maggioranza, controllando anche la scelta del maggior numero dei giudici di elezione parlamentare, avrebbe finito per comporre la Corte a sua immagine e somiglianza, contro l'esigenza di tenere distinti i controllati dai controllori<sup>4</sup>.

Per questo, deve intendersi come un errato e ingiustificato precedente l'esitazione del presidente della Repubblica, nel giugno 1986, a procedere alla nomina

<sup>4</sup> Al riguardo, G. Guarino, *Il presidente della repubblica italiana*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1951, pp. 917 ss. e S. Galeotti, *Presidente della repubblica e nomina dei cinque giudici della Corte costituzionale*, in «Foro padano», 1951, IV, pp. 219 ss.



di giudici costituzionali in presenza di un governo dimissionario, sottintendendo così ch'esso non avrebbe avuto sufficiente titolo per partecipare alla scelta dei nuovi giudici. Nel senso del potere presidenziale esclusivo vale, invece, l'episodio verificatosi il 4 novembre 2005 quando il presidente della Repubblica, avendo presentato al presidente del Consiglio, per la controfirma, i decreti di nomina di tre giudici costituzionali e avendo quest'ultimo rivendicato il diritto di contestare alcune delle scelte, prospettò l'ipotesi del conflitto di attribuzioni. Posto di fronte a questa eventualità, il presidente del Consiglio rinunciò alla sua pretesa, riconoscendo così la natura esclusivamente presidenziale del potere in questione<sup>5</sup>.

b) I cinque *giudici di scelta parlamentare* sono eletti dalle Camere riunite in seduta comune, a scrutinio segreto e con la maggioranza dei due terzi per i primi tre scrutini e, dal quarto in poi, dei tre quinti dei componenti l'assemblea (art. 3, l. cost. 22 novembre 1967, n. 2, modificativa in senso rigoroso dell'art. 3, l. n. 87 del 1953, che prevedeva la maggioranza dei tre quinti, dell'assemblea prima, e dei votanti poi). Le maggioranze qualificate anzidette, richiedendo vasti accordi parlamentari, rispondono all'esigenza costituzionale di svincolare i giudici, così eletti, dai partiti che li hanno proposti e di dare spazio, accanto alle indicazioni della maggioranza, anche a quelle delle minoranze<sup>6</sup>.

L'elevato *quorum* stabilito ha contribuito alla nascita spontanea di regole convenzionali tra i partiti il cui assenso è necessario per raggiungerlo: i cinque giudici sono «spartiti» per quote, e ciascun partito viene abilitato dagli altri a «designare» i giudici che rientrano nella loro quota, sulla base di un comune impegno a votarli. Questa abitudine riflette una «concezione patrimoniale» dei posti presso la Corte costituzionale. Di fatto, nei casi normali, essa trasferisce il potere sostanziale di scelta dalla maggioranza che li vota ai partiti che li designano. Paradossalmente, in tal modo, l'alto *quorum* previsto si risolve nella scelta dei giudici da parte di minoranze. Si era voluta, se non la «spoliticizzazione», certo la «spartitizzazione» di questa elezione; l'effetto è, invece, una «iperpartitizzazione».

L'elevata maggioranza richiesta opera, conformemente alla sua *ratio*, come potere di *veto* solo nei casi eccezionali in cui vengono sollevate obiezioni sulle designazioni. Dall'*impasse* si esce o con nuove designazioni o con l'allargamento della trattativa ad altri posti in gioco (ad esempio, l'elezione dei «componenti laici» del Consiglio superiore della magistratura, o la nomina nelle Autorità indipendenti), in modo tale che ogni parte vi trovi la sua utilità.

La ricerca di ampi consensi può allungare, e spesso allunga, i tempi necessari alla sostituzione dei giudici costituzionali giunti al termine del mandato, con alterazioni nella composizione, negli equilibri e nel funzionamento della Corte costituzionale. Per favorire il raggiungimento delle intese necessarie, da tempo e in varia forma, si è auspicato che, dalla designazione di singoli nominativi, si passi alla formulazione di «rose» di candidati entro le quali il Parlamento possa operare

<sup>5</sup> Indicazioni sull'episodio in E. Scalfari, *Peggio di McCarthy sessanta anni fa*, in «la Repubblica», 14 marzo 2010, episodio confermato in C.A. Ciampi, *Da Livorno al Quirinale. Storia di un italiano. Conversazione con Arrigo Levi*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 176.

<sup>6</sup> P. Calamandrei, *Si mette in pericolo la costituzionalità della Corte costituzionale* (1950), ora in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano, vol. X, 1985, pp. 536 ss.; S. Galeotti, *Sull'elezione dei giudici della Corte costituzionale di competenza del parlamento*, in «Studi urbinati», 1953-1954, pp. 155 ss.; G. Guarino, *Deliberazione, nomina, elezione*, in «Rivista italiana di scienze giuridiche», 1954, pp. 73 ss.

più facilmente le sue scelte. Una possibile realizzazione di tale intento (secondo una proposta che implica la modifica della l. cost. n. 2 del 1967) è l'attribuzione alla stessa Corte costituzionale della formulazione dei nominativi, indicativa ma non vincolante, per il Parlamento. Nel caso di *impasse*, la nomina dei nuovi giudici sarebbe fatta dai presidenti delle due Camere, d'intesa tra loro<sup>7</sup>.

c) Dei cinque *giudici eletti dalle supreme magistrature ordinarie e amministrative*, l'art. 2 della legge n. 87 del 1953 stabilisce che tre siano eletti dai magistrati della Corte di cassazione, uno ciascuno dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti.

I tre giudici di provenienza dalla Corte di cassazione sono eletti da un collegio del quale fanno parte il primo presidente, il procuratore generale, i presidenti di sezione, gli avvocati generali, i consiglieri e i sostituti procuratori generali. Il giudice di provenienza dal Consiglio di Stato è eletto da un collegio composto dal presidente, dai presidenti di sezione e dai consiglieri. Il giudice di provenienza dalla Corte dei conti è eletto da un collegio del quale fanno parte il presidente, i presidenti di sezione, i consiglieri, il procuratore generale e i viceprocuratori generali (senza distinzione tra sezioni giurisdizionali e di controllo). Sono eletti coloro che ottengono il maggior numero di voti, purché raggiungano la maggioranza assoluta dei componenti i diversi collegi. Quando nella prima votazione non si raggiunge la maggioranza indicata, si procede alla votazione di ballottaggio tra quanti, in numero doppio di quelli che sono da eleggere, abbiano riportato i più alti numeri di voti. Sono eletti coloro che ottengono la maggioranza relativa e, in caso di parità, i più anziani di età (art. 4, l. cost. n. 2 del 1967).

Le norme richiamate escludono dall'elettorato attivo e passivo i magistrati che non svolgono o svolgono solo occasionalmente funzioni giudiziarie «supreme» (come i «referendari» presso le magistrature amministrative o i magistrati di corte d'appello «applicati» presso la Corte di cassazione), nonché i magistrati aventi il grado ma non le funzioni corrispondenti (cioè, prestino servizio presso organi giudiziari diversi dai tre anzidetti, come è il caso dei magistrati ordinari la cui qualifica derivi soltanto dalla progressione giuridica in carriera e non dalle funzioni esercitate). È quindi richiesta la concorrenza del requisito formale e di quello sostanziale. Questa definizione limitativa dell'elettorato attivo è posta dall'art. 2 della legge n. 87 del 1953, ed è stata giustificata dalla Corte costituzionale (sent. n. 111 del 1963) in base alla considerazione che essa, in quanto legge di attuazione e non di mera esecuzione (secondo l'art. 1, l. cost. 11 marzo 1953, n. 1), è abilitata a interpretare il dettato costituzionale con una certa ampiezza; cosa che nella specie è avvenuta in conformità all'esigenza di selezionare, in base all'esperienza effettiva, il collegio elettorale chiamato a scelte così rilevanti.

*Elettorato passivo.* I requisiti per poter essere nominati o eletti sono indicati dalla Costituzione e non sono oggetto di ulteriore disciplina. Secondo l'art. 135, secondo comma, Cost., i giudici «sono scelti fra magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria e amministrativa, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio».

<sup>7</sup> Disegno di legge costituzionale presentato alla Camera dei deputati l'8.2.2017 (atto c. 4282) dal deputato Michele Nicoletti.

Non è prevista alcuna corrispondenza tra elettorato attivo e passivo. I soggetti titolari del potere di nomina o elezione possono scegliere indifferentemente tra le categorie di professori di Università, avvocati e magistrati. Tuttavia, normalmente accade che le magistrature supreme facciano scelte interne a sé medesime, quasi si trattasse di una rappresentanza professionale: concezione totalmente priva di fondamento, nessuno potendo pensare che i giudici della Corte siano chiamati a «rappresentare» le rispettive categorie di appartenenza (*infra*, pp. 48 ss.).

In sede di verifica dei requisiti soggettivi di un giudice eletto dal Parlamento, avente il grado di magistrato di cassazione, il quale tuttavia non esercitava né mai aveva esercitato le corrispondenti funzioni, ma aveva svolto funzioni di presidente della Camera dei deputati, la Corte ha seguito, anche a questo riguardo, la tesi rigorosa della necessaria compresenza del «grado» e delle relative funzioni. Ha tuttavia ammesso, spericolatamente, un'interpretazione analogica della norma costituzionale, ritenendo le funzioni di presidente d'Assemblea parlamentare equivalenti a quelle di componente della Corte di cassazione. Dice la delibera: il giudice neominato «ha assolto alle alte funzioni di presidente della Camera dei deputati e del Parlamento in seduta comune»; «tali funzioni, caratterizzate dall'imparzialità e dall'indipendenza, sono volte anche a realizzare garanzie di ordine costituzionale, ergo [...] ricorrono nella specie gli estremi richiesti dal [...] precetto dell'art. 135, secondo comma, Costituzione»<sup>8</sup>.

Per quanto riguarda l'*esercizio attuale* delle funzioni (che, per la Costituzione, sembra a prima vista non necessario solo con riguardo ai magistrati), la Corte costituzionale ha ritenuto che il requisito dell'attualità non sia necessario rispetto a tutte e tre le categorie di nominabili ed eleggibili (l'occasione era fornita dalla nomina di un «professore emerito», cioè tale *ex merito* e non più *ex activitate*)<sup>9</sup>.

### 3. Status dei giudici costituzionali

a) *Durata della carica.* I giudici della Corte costituzionale durano in carica nove anni (dal giorno del loro giuramento nelle mani del presidente della Repubblica) e non possono essere rieletti o rinominati. Così dispone l'art. 135, terzo comma, Cost., nella nuova formulazione contenuta nella legge cost. n. 2 del 1967. È la durata più lunga tra tutte quelle previste dalla Costituzione con riguardo ai titolari di organi costituzionali.

In origine, lo stesso articolo della Costituzione aveva previsto una durata di dodici anni e un farraginoso meccanismo per la rinnovazione della Corte con sostituzioni parziali, in ciascuna delle tre quote (parlamentare, presidenziale e giudiziaria), mediante sorteggio, a partire dal nono anno dalla costituzione

<sup>8</sup> Delibera del 29 gennaio 1977, su cui G. D'Orazio, *Corte costituzionale*, in «Giur. cost.», 1977, I, pp. 1401 ss., S. Bartole, *Cursus honorum e Corte costituzionale*, in «Foro italiano», 1978, V, pp. 89 ss.; A. Pizzorusso, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino e R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, vol. XXIX, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 153. Sul problema, in generale, G. Ferrari, *Relazione di sintesi sul tema «Corte costituzionale e magistratura»*, in N. Occhiocupo (a cura di), *Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 421 ss.

<sup>9</sup> Delibera del 23 febbraio 2009.

della Corte stessa. La disposizione, che trovava corrispondenze in altri sistemi di giustizia costituzionale ed era dettata dall'intento di evitare il rinnovo integrale e istantaneo del collegio e i relativi rischi di discontinuità di orientamenti giurisprudenziali, risultava a tal punto complicata da riuscire inapplicabile<sup>10</sup>. Per questo, anche a seguito di un intervento del presidente della Repubblica<sup>11</sup>, l'art. 135 fu modificato nel senso anzidetto, riducendo la durata della carica dei giudici (ma confermando il dodicennio in via transitoria per quelli nominati antecedentemente) e lasciando cadere il meccanismo del rinnovo parziale per quote. Oggi, pertanto, rendendosi vacanti posti alla Corte, per qualsiasi imprevedibile ragione, si procede all'integrazione man mano che occorre. Lo stesso intento di preservare la continuità dell'organo al di là delle persone che lo compongono è comunque in tal modo raggiunto.

Non è stata dunque accolta l'idea del mandato vitalizio, vigente invece (ma è un'eccezione) per i giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti. Essa avrebbe contribuito all'indipendenza dei giudici e dell'organo nel suo insieme ma, a parte altri inconvenienti, sarebbe apparsa incoerente con l'esigenza di rinnovamento costante della Corte<sup>12</sup>. La ragionevolezza della durata novennale può essere valutata considerando, da un lato, le proposte discusse in Assemblea costituente, tra le quali vi era addirittura il rinnovo integrale della Corte a ogni inizio di legislatura (con possibilità di conferma dei giudici)<sup>13</sup> e, dall'altro, la durata prevista per i giudici costituzionali di altri paesi, normalmente più limitata di quella infine prescelta dalla Costituzione<sup>14</sup>.

*Inapplicabilità della «prorogatio» ai giudici costituzionali.* Una specificazione importante circa la durata in carica dei giudici è contenuta nel comma 4 dell'art. 135 Cost. (nella formulazione introdotta con l'art. 1, l. cost. n. 2 del 1967) secondo cui «alla scadenza del termine, i giudici costituzionali cessano dalla carica e dall'esercizio delle funzioni». Alla scadenza dall'*officium*, vengono così a cessare anche i *munera*.

<sup>10</sup> V. Crisafulli, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in Aa.Vv., *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, Vallecchi, 1966, pp. 83 ss.; Id., *La continuità della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *I controlli sul potere*, Firenze, Vallecchi, 1967, pp. 17 ss.

<sup>11</sup> Messaggio alle Camere del 16 settembre 1963, su cui G. D'Orazio, *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 126 nt. 143.

<sup>12</sup> Così G. D'Orazio, *Commento alla proposta di legge sulla modificazione dell'art. 135 della Costituzione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1967, p. 576. Hanno invece visto nella riduzione temporale della carica, da dodici a nove anni, un rischio per l'indipendenza dei giudici e della Corte, V. Crisafulli, *Relazione generale*, in Occhiocupo (a cura di), *Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 72 e P. Ungari, in «Giustizia e costituzione», 1974, pp. 45 ss. Un giudizio critico, fondato sull'efficacia della «speranza per il dopo», tanto più viva quanto più la durata della carica è limitata, è in G. Miglio, *Utopia e realtà della Costituzione* (1978), ora in *Le regolarità della politica*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 713 ss.

<sup>13</sup> P. Calamandrei in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., Comm. per la Costituzione, II sottocomm., II sez., 15 gennaio 1947, vol. VIII, p. 2038.

<sup>14</sup> Indicazioni in L. Favoreu, in L. Favoreu e J.-A. Jolowicz, *Le contrôle iuridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, Paris-Aix en Provence, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 58 s.

La norma citata esclude l'applicazione ai giudici costituzionali (ma non nello svolgimento della competenza penale: si veda *infra*, cap. VII) dell'istituto della *prorogatio*, istituto per il quale i titolari di funzioni pubbliche indefettibili sono abilitati a esercitarle pur dopo il termine del loro mandato, fino al momento in cui subentra il successore. Prima della riforma del 1967, la *prorogatio* si considerava applicabile anche ai giudici costituzionali in virtù di un principio generale non scritto, ricognitivamente codificato dalla stessa Corte costituzionale nell'art. 18 del proprio *Regolamento generale* del 20 gennaio 1966 (articolo poi soppresso con deliberazione della Corte del 7 luglio 1969)<sup>15</sup>. Criticamente si osservò<sup>16</sup> che l'abolizione della *prorogatio* avrebbe potuto concorrere a un ipotetico tentativo di soppressione di fatto della Corte costituzionale, non attraverso la revisione della Costituzione, ma attraverso un suo semplice «spegnimento», tramite l'omessa sostituzione dei giudici progressivamente cessati dalla carica (come avvenuto nel caso dell'Alta Corte prevista dallo Statuto della Regione siciliana con compiti di arbitraggio tra le competenze dello Stato e della Regione, dichiarata estinta e «assorbita» dalla Corte costituzionale, con le sent. n. 38 del 1957 e n. 6 del 1970).

L'assenza di *prorogatio* dei giudici rende possibile che la Corte si trovi a operare in formazione ridotta, tutte le volte in cui il titolare del potere di nomina o di elezione non provveda tempestivamente alla sostituzione del giudice scaduto (il problema si pone di solito per i giudici di elezione parlamentare la quale, in qualche occasione, ha tardato per molti mesi). La legge, per evitare quest'inconveniente, ha previsto che «il presidente della Corte costituzionale dà immediata comunicazione, all'organo competente per la sostituzione, della cessazione dalla carica di un giudice per causa diversa da quella della scadenza del termine [di mandato]. In caso di vacanza a qualsiasi causa dovuta, la sostituzione avviene entro un mese dalla vacanza stessa» (art. 5, l. cost. n. 2 del 1967). Tuttavia, termini «acceleratori» di questo genere, non essendo previste conseguenze per la loro violazione, hanno scarsa efficacia, soprattutto quando si riferiscono a organi politici che decidono in base a liberi accordi, spesso difficili, e in assenza di regole di voto che, alla fine – per esempio attraverso il ballottaggio tra i più votati –, facciano comunque prevalere qualcuno sugli altri.

Anche a escludere il caso dell'attentato al sistema costituzionale perpetrato per via di semplice inazione, la possibilità della Corte di funzionare in composizione ridotta può prestarsi a pratiche ostruzionistiche per orientare determinate decisioni, facendo leva sui ranghi incompleti e perpetuando l'alterazione di quelli che dovrebbero essere gli equilibri tra le sue componenti. Ma, al contrario, anche la regola della *prorogatio* con-

<sup>15</sup> Il principio della *prorogatio* era stato sancito nella norma regolamentare della Corte, nel clima di preoccupazione per la sorte dell'organo stesso, approssimandosi il termine finale della sua prima composizione senza che il legislatore avesse affrontato i problemi del rinnovo, posti dall'originario art. 135 Cost. e accennati nel testo (Crisafulli, *Le funzioni della Corte costituzionale*, cit., p. 85; Id., *Osservazioni sul nuovo Regolamento generale della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, pp. 564 ss., L. Elia, *Durata in carica e prorogatio dei giudici costituzionali*, in «Giurisprudenza italiana», 1966, IV, pp. 330 ss.). Circa i rapporti tra le fonti, è da notare che, per rimuovere la norma regolamentare della Corte, si procedette con legge costituzionale (sul punto, si veda *infra*, pp. 26 ss.).

<sup>16</sup> Ferrari, *Relazione*, cit., pp. 440 ss.; in generale, valutazioni critiche in V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 1984, p. 246.

sentirebbe analoghe manovre per congelare la Corte in una determinata condizione. Ciò dimostra che l'unico comportamento che non si presta ad alimentare sospetti è la tempestiva sostituzione dei giudici, alla scadenza del loro mandato, da parte di chi ne ha il potere e il dovere.

*b) Incompatibilità e ineleggibilità.* Rigorose sono le cause di incompatibilità. A norma dell'art. 135, sesto comma, Cost., vi è incompatibilità con l'ufficio di membro del Parlamento e di consigliere regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni altra carica o ufficio indicati dalla legge. L'art. 7 della legge n. 87 del 1953 ha svolto questo rinvio, stabilendo inoltre che i giudici costituzionali non possono assumere o conservare altri uffici o impieghi pubblici o privati, né esercitare attività professionali, commerciali o industriali, o funzioni di amministratore o sindaco in società che abbiano fine di lucro.

Durante la permanenza in carica, i giudici che provengono dalle magistrature o dall'Università non possono continuare a esercitare le rispettive precedenti funzioni. Essi sono collocati fuori ruolo o in aspettativa per tutto il periodo in cui restano in carica fino a quando non raggiungano i limiti di età per essere collocati a riposo. Norme di favore per i professori valgono circa la scelta della sede universitaria, in cui rientrare alla scadenza del loro mandato. I giudici della Corte, infine, non possono far parte di commissioni giudicatrici di concorso né ricoprire cariche universitarie.

Per garantire l'estraneità dei giudici alla politica attiva, è infine stabilito (art. 7, u.c., e art. 8, l. n. 87 del 1953) il divieto di essere candidati in elezioni politiche e amministrative e di svolgere attività inerenti ad associazioni o partiti politici. Non è invece testualmente disposto il divieto di iscrizione a partiti politici, anche se una regola di correttezza prescrive le dimissioni del giudice neoeletto dal partito cui fosse per avventura iscritto<sup>17</sup>.

Le limitazioni ora dette sono particolarmente rigorose, più di quelle previste per gli appartenenti all'ordine giudiziario<sup>18</sup>. Anche da esse, pur se non solo da esse, dipende l'indipendenza e il prestigio di cui godono i giudici della Corte costituzionale. «Pur se non solo»: norme non giuridiche, ma non per questo meno vincolanti, impongono che i giudici, e quelli costituzionali specialmente, appaiano e, soprattutto, siano privi di legami che potrebbero alimentare sospetti sulla loro parzialità. Le frequentazioni politiche, i sodalizi, per non parlare dell'adesione a congreghe e associazioni più o meno segrete che pretendono dipendenza e ubbidienza, sono incompatibili con la condizione di giudice. Come insegna la letteratura universale, i giuristi coltivano talora mentalità gregarie<sup>19</sup>, ma i giudici non devono cedere alla debolezza di appartenere a qualche cerchia elitaria di natura politica, economica, giornalistica ecc.; né esibire alcuna contiguità politica

<sup>17</sup> Sull'art. 98 Cost. e il significato dei divieti ivi ipotizzati, C. Esposito, *I partiti nella costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 231 e A. Cerri, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, pp. 1913 ss.

<sup>18</sup> Ferrari, *Relazione*, cit., pp. 430 ss.

<sup>19</sup> U.-K. Heye, *I Benjamin. Una famiglia tedesca*, Palermo, Sellerio, 2015, p. 207 e, per un'analogia con il mondo del giornalismo, M. Weber, *La politica come professione* (1918), in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, p. 74.

con coloro da cui è dipesa la nomina. L'essere giudice costituzionale significa di per sé appartenere a un'élite; e ciò dovrebbe ampiamente bastare a esaurire il desiderio di riconoscimenti.

c) *Dimissioni*. L'art. 135 della Costituzione è tassativo nell'indicare in nove anni la durata del mandato di giudice costituzionale. Ciò dovrebbe significare che la permanenza in carica non è rimessa alla volontà dell'interessato: chi accetta la nomina o l'elezione accetta un *munus* novennale, non un privilegio dal quale ci si possa liberare quando non interessa più o quando prevalgono in lui altri progetti professionali o politici. Il «posto» alla Corte è un punto d'arrivo, non un punto di partenza per altri incarichi. Infatti, si discute da tempo dell'opportunità di stabilire, per un periodo successivo alla cessazione dalla carica, un tempo, per così dire, di decantazione, di incandidabilità a cariche politiche o parapolitiche<sup>20</sup>. La preoccupazione per il «dopo» dovrebbe valere a maggior ragione per il «durante», cioè per l'eventualità che un giudice in carica possa considerarsi a disposizione per passare ad altre funzioni. Anche il caso dell'incapacità sopravvenuta (fisica o civile) non è ragione potestativa di dimissioni: è la Corte a doverla valutare e a prenderne eventualmente atto.

Nella storia della Corte, a parte le dimissioni per malattia invalidante, si sono verificati tre episodi. Nel marzo del 1957, dopo un anno e due mesi di carica, si dimise il primo presidente della Corte: si disse «per protesta», ma non ne fu mai chiarita la ragione. Nel 1987, le dimissioni di un giudice furono determinate dalle polemiche innescate da sue dichiarazioni considerate infamanti per la dignità della Corte, relative a condotte concernenti l'elezione del suo presidente. Di fronte alla prospettiva di un procedimento disciplinare, quel giudice si dimise due anni e cinque mesi prima della scadenza naturale. Il 4 maggio del 2007, un altro giudice lasciò il suo posto, dopo poco più di cinque anni di permanenza in carica, adducendo come motivo l'esistenza di pressioni esterne sulla Corte, esercitate in occasione del giudizio di ammissibilità di un referendum in materia elettorale e senza che vi fossero state adeguate reazioni a difesa dell'indipendenza della Corte stessa. Sono episodi eccezionali, isolati e patologici i quali confermano che le dimissioni non rientrano nella normalità della vita di un organo come la Corte costituzionale.

d) *Astensione e ricusazione dei giudici*. Nel processo costituzionale (salvo che nel processo penale costituzionale) non trovano applicazione le cause di astensione e ricusazione dei giudici (art. 29 NI)<sup>21</sup>. La ragione di questa deroga a regole generali della giurisdizione sta nel carattere degli interessi in discussione di fronte alla Corte, interessi politici in cui tutti possono dirsi coinvolti allo stesso titolo.

<sup>20</sup> Nel Progetto di riforma costituzionale predisposto nel 1997 dalla «Commissione bicamerale» istituita *ad hoc*, all'art. 135 Cost. era stato aggiunto il divieto di assunzione di incarichi di governo, di cariche pubbliche elettive o di nomina governativa o presso Autorità di garanzia o vigilanza, nei cinque anni successivi alla scadenza dalla carica.

<sup>21</sup> In proposito Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 158.

Ciò non toglie, tuttavia, che possano verificarsi casi eccezionali in cui singoli giudici siano portatori di specifici interessi personali nella causa, tali da rendere discutibile la loro imparzialità: per esempio, un conflitto di attribuzioni tra Stato e Regione che riguardi decreti di esproprio di beni riconducibili al giudice o a suoi familiari. Si pensi, ancora, alle questioni di costituzionalità decise con le sentenze n. 86 e n. 87 del 1982, relative allo *status* giuridico dei magistrati della Corte di cassazione, in riferimento al problema della dissociazione tra «grado» e «funzioni». Un giudice della Corte, essendosi trovato, nel momento della sua elezione a giudice costituzionale, in tale situazione di dissociazione, non partecipò alla decisione, trattandosi di questione che lo riguardava direttamente. Analogamente, l'astensione dovrebbe considerarsi un dovere evidente nei giudizi su questioni rispetto alle quali i giudici abbiano preso posizione anteriormente, in sedi diverse, in qualità di magistrati delle giurisdizioni comuni (massimamente nel caso in cui la questione di costituzionalità sia stata da loro stessi sollevata) o in qualità di avvocati. In tali evenienze, è evidente il dovere del giudice coinvolto di astenersi spontaneamente dalla decisione, pur non essendo previste regole formali in proposito. Il comportamento contrario, ove conosciuto in un secondo momento, potrebbe integrare gli estremi di una di quelle «gravi mancanze nell'esercizio delle funzioni» di cui parla l'art. 3, legge cost. n. 1 del 1948, per consentire l'adozione di sanzioni disciplinari da parte della Corte.

e) *Garanzie*. Ai giudici costituzionali spettano alcune forme di immunità e varie prerogative. Come i membri del Parlamento, non sono sindacabili né possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni (art. 5, l. cost. n. 1 del 1953) e, finché durano in carica, vale nei loro confronti l'istituto dell'autorizzazione a procedere previsto dall'art. 68 della Costituzione (tale rinvio si ritiene essere ricettivo del contenuto di tale norma nella sua formulazione originaria, anteriore alla riforma operata con la l. cost. n. 3 del 1993). L'autorizzazione è data dalla stessa Corte costituzionale (art. 3, u.c., l. cost. n. 1 del 1948) secondo la procedura prevista dagli artt. 9 della legge n. 87 del 1953 e 15 del *Regolamento generale*. La rimozione dei giudici e la loro sospensione può avvenire soltanto per sopravvenuta incapacità fisica o civile o per gravi mancanze nell'esercizio delle funzioni (per es., in caso di violazione dell'obbligo di riservatezza circa l'attività della camera di consiglio) ed è disposta dalla stessa Corte costituzionale (art. 3, l. cost. n. 1 del 1948), a maggioranza dei due terzi dei giudici che partecipano all'adunanza (art. 7, l. cost. n. 1 del 1953). Analogamente, alla stessa sola Corte compete decidere sulle questioni relative all'incompatibilità dei giudici (art. 14 del *Regolamento generale*) senza che, peraltro, vi sia una disciplina del modo di procedere per mettere l'interessato nelle condizioni di optare (il che fa pensare che l'opzione non vi possa essere, prevalendo comunque la decadenza). L'art. 8 della legge cost. n. 1 del 1953 dispone, infine, la decadenza dalla carica del giudice che per sei mesi non esercita le sue funzioni, a meno che non sia legittimamente impedito, avendo l'obbligo, altrimenti, di partecipare ai lavori della Corte (secondo l'art. 16 della l. n. 87 del 1953 e l'art. 6, cpv., *Regolamento generale*).

Una conseguenza del carattere di *munus publicum* della carica è l'indisponibilità da parte del titolare. Per questo, se la sospensione può esserci, non può invece



invocarsi l'istituto, ambiguo, dell'autosospensione. Un giudice costituzionale che, ad esempio, sia coinvolto in un procedimento giudiziario, ha due sole possibilità: o resistere, forte delle sue certezze, oppure presentare le sue immediate dimissioni alla Corte, se le sue certezze vacillano. A meno che la Corte stessa faccia uso dei suoi poteri disciplinari di cui s'è detto sopra.

## PARTE II. LA CORTE COSTITUZIONALE

### 4. Garanzie d'indipendenza dell'istituzione-Corte

Oltre alle disposizioni che prevedono garanzie in favore dei singoli giudici, altre prevedono garanzie d'indipendenza della Corte come tale.

In primo luogo, viene in considerazione la riserva di competenza ad accertare i *requisiti soggettivi* di ammissione dei propri componenti. La verifica dei requisiti necessari per essere immessi all'ufficio di giudice costituzionale è compito della Corte, esercitato collegialmente. Tale compito le è esclusivo e le pronunce conseguenti non possono essere oggetto di ricorso, né di revocazione, né di contestazione in altre sedi (ad esempio in sede parlamentare). L'occasione di queste precisazioni è stata offerta dalle polemiche insorte con riguardo al calcolo dei vent'anni d'esercizio della professione, prevista come requisito d'eleggibilità dall'art. 135 Cost., per i giudici provenienti dall'avvocatura<sup>22</sup>.

Le deliberazioni in proposito sono assunte a maggioranza assoluta dei componenti (art. 2, l. cost. n. 2 del 1967). Questa disposizione ha innovato restrittivamente i precedenti artt. 3 della legge cost. n. 1 del 1948 e 3 della legge cost. n. 1 del 1953 che attribuivano alla Corte il giudizio sui *titoli di ammissione* dei suoi componenti, con una formula che ricomprendeva anche i requisiti oggettivi, cioè la regolarità della procedura di elezione e nomina. Oggi, gli accertamenti su questi aspetti le sono sottratti, riguardando gli *interna corporis* degli organi cui spetta la nomina e l'elezione.

Oltre alla tutela penale della reputazione della Corte costituzionale (art. 290, co. 1, c.p.) e ai poteri di polizia del presidente, compreso quello di disporre l'arresto immediato di coloro che abbiano compiuto oltraggio della Corte o dei suoi componenti (artt. 2 e 3 *Reg. gen.*), particolare rilievo riveste l'autonomia amministrativa e contabile (art. 14, l. n. 87 del 1953). La Corte, nei limiti di un fondo stanziato con legge, predispone un bilancio la cui gestione è sottratta ai controlli generalmente previsti sulla spesa pubblica. La Corte, inoltre, stabilisce in apposita pianta organica il numero, la qualità, le attribuzioni dei funzionari addetti a ciascun suo ufficio amministrativo, determinando la misura degli assegni, i diritti e i doveri ed essendo competente, in via esclusiva, a giudicare sui ricorsi dei suoi dipendenti, secondo le norme contenute nel *Regolamento per i ricorsi in materia di impiego* del 16 dicembre 1999 (modificato con de-

<sup>22</sup> Si veda la *Risposta scritta* del presidente del Consiglio dei ministri a un'interrogazione parlamentare, in *Senato della Repubblica, XIII legislatura*, 14 febbraio 2000.

liberazione del 22 giugno 2006). Si tratta di un'ampissima potestà non solo di auto-organizzazione, ma addirittura di disciplina autonoma del rapporto di pubblico impiego nei confronti dei dipendenti e di risoluzione delle controversie che possono nascere nell'applicazione di tale disciplina (corrispondentemente a ciò che avviene per altri organi costituzionali).

Così è portata all'ultima conseguenza l'estraneità del rapporto di pubblico impiego dei dipendenti della Corte rispetto alla disciplina comune della materia: l'istituzione di una «giurisdizione domestica»<sup>23</sup> (o «autodichia»). Ciò può apparire conforme all'esigenza di tutelare il prestigio della Corte, eventualmente leso da decisioni d'altri giudici che la vedano soccombente di fronte al proprio dipendente. Tuttavia, suscita perplessità l'indiscriminata sottrazione al diritto comune di interi settori del pubblico impiego, facenti capo alla Corte come agli altri organi costituzionali<sup>24</sup>. La questione sembrava aperta, avendo la Corte costituzionale messo in discussione la legittimità costituzionale dell'autodichia con riguardo alle Camere e alla Presidenza della Repubblica (sent. n. 120 del 2014; e ord. nn. 137 e 138 del 2015) e avendo affermato che l'indipendenza degli organi costituzionali non può compromettere diritti fondamentali, né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili. Tra questi – dice la Corte – vi è «la “grande regola” dello Stato di diritto e il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti». Onde, caduto o ridimensionato questo istituto, che fa eccezione ai principi dello Stato di diritto, con riguardo a tali altri organi, la Corte costituzionale non avrebbe potuto non trarne le conseguenze dovute anche con riguardo al rapporto d'impiego dei propri dipendenti. Tuttavia, tale ipotesi rimane, almeno al momento, solo tale (sent. n. 262 del 2017).

## 5. Garanzie d'indipendenza auto-organizzativa: i regolamenti della Corte costituzionale

All'esigenza d'autonomia della Corte rispetto agli altri organi costituzionali corrisponde il riconoscimento di un'ampia potestà regolamentare riguardante la propria organizzazione e le forme procedurali dei suoi giudizi. La Corte è l'unico organo di tipo giurisdizionale al quale spetti una potestà normativa di tal genere. È ragionevole che chi è chiamato a

<sup>23</sup> Sul punto, Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 253, e S. Grassi, «*Giurisdizione domestica e indipendenza dei giudici della Corte dei conti*», in «*Giurisprudenza costituzionale*», 1975, pp. 2014 ss.

<sup>24</sup> La questione di legittimità costituzionale delle norme dei regolamenti delle Camere che escludono il ricorso alla giurisdizione amministrativa contro i provvedimenti lesivi dei diritti e degli interessi dei dipendenti delle Camere è stata respinta dalla Corte costituzionale (sent. n. 154 del 1985; ord. n. 572 del 1990) con un argomento formale, la mancanza di forza di legge di tali norme (si veda *infra*, pp. 75 ss.). Ciò, però, non ha impedito alla Corte costituzionale di riconoscere nel conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato la sede naturale in cui possono trovare soluzione controversie relative a norme non sindacabili nel giudizio sulle leggi (quali sono quelle regolamentari) che pur potrebbero essere fonte di atti lesivi di diritti costituzionalmente inviolabili (sent. n. 120 del 2014) (sul punto, cap. 5).

controllare la validità delle leggi sia fuori della portata della legge stessa, ciò che non si verifica affatto per gli altri organi giurisdizionali per i quali vale viceversa l'opposto principio, stabilito nell'art. 101 cpv. Cost., dell'intera e piena soggezione alla legge. In linea di massima, secondo il ragionevole criterio anzidetto, la sede «logica» della disciplina dei poteri, dell'organizzazione e dei modi di esercizio delle funzioni della Corte costituzionale dovrebbero essere solo la Costituzione, le leggi costituzionali e le leggi a loro volta da queste autorizzate, da un canto, e i regolamenti della Corte stessa, dall'altro<sup>25</sup>.

Il *corpus* legislativo che contiene la disciplina generale della Corte costituzionale e delle sue funzioni, oltre che dalle norme della Costituzione (artt. 123, 127, 134, 135, 136 e 137), risulta dai seguenti testi:

- la legge cost. n. 1 del 1948, «Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale»;
- la legge cost. n. 1 del 1953, «Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale» (che attribuisce alla Corte, oltre alle funzioni indicate nella Costituzione, il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo);
- la legge n. 87 del 1953, «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale» (modificata dalla l. n. 131 del 2003, «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3», modificativa del Titolo V della II parte della Costituzione);
- la legge n. 20 del 1962, «Norme sui procedimenti e giudizi di accusa»;
- la legge cost. n. 2 del 1967, «Modificazioni dell'art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale» (contenente una nuova disciplina della durata in carica dei giudici costituzionali);
- la legge n. 352 del 1970, «Norme sui referendum previsti dalla Costituzione»;
- la legge n. 219 del 1989, «Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione» (che fa seguito alla riforma della giurisdizione penale costituzionale operata dalla l. cost. n. 1 del 1989).

Il testo più ampio, riguardante i giudizi sulle leggi e i giudizi sui conflitti, è la legge ordinaria n. 87 del 1953. In tale legge, non in norme costituzionali, si trova la previsione della potestà regolamentare, nell'esercizio della quale la Corte adotta sue proprie norme di natura organizzativa e procedurale, per lo svolgimento dei diversi tipi di giudizio costituzionale.

a) L'art. 14 della legge n. 87 stabilisce che la Corte può *disciplinare l'esercizio delle sue funzioni* con regolamento approvato a maggioranza assoluta dei suoi componenti e pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale*. Nello stesso articolo, si abilita la Corte a emanare propri regolamenti (e «delibere integrative» o «interpretative» di carattere generale) per disciplinare i poteri, i doveri dei giudici e l'organizzazione amministrativa interna (gestione delle spese, pianta organica, servizi, uffici ecc.).

<sup>25</sup> In proposito, V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1977, vol. IV, p. 134. Sui problemi trattati nel testo, in generale, P.G. Grasso, *Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della Corte costituzionale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1961, pp. 917 ss.; D. Nocilla, *Aspetti del problema relativo ai rapporti tra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1968, e S. Panunzio, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970.

b) L'art. 22, con riferimento specifico alle norme di procedura da applicarsi ai diversi tipi di procedimenti costituzionali, prevede che, salvo che nel procedimento penale costituzionale, si osservino, in quanto applicabili, le norme del *Regolamento per la procedura giurisdizionale davanti al Consiglio di Stato*, ma che norme integrative possano essere altresì stabilite dalla Corte in un proprio regolamento. Per generale convincimento, tali *Norme Integrative* (NI) prevalgono su quelle del *Regolamento di procedura* anzidetto, in quanto l'esistenza di una norma di autoregolamentazione rende inapplicabile la norma regolamentare esterna.

Nell'esercizio della suddetta potestà di autonormazione, la Corte ha adottato diversi Regolamenti, tra cui spicca il *Regolamento generale* (20 gennaio 1966, numerose volte modificato) che contiene la disciplina della propria organizzazione interna, e due testi di norme attuative della disciplina legislativa dei diversi tipi di giudizi costituzionali: le *Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* del 2008 (sostitutivo delle precedenti NI del 1956) e le *Norme Integrative per i giudizi di accusa* davanti alla Corte Costituzionale (NIGA) del 1962.

Se il fondamento dell'anzidetta potestà regolamentare fosse semplicemente la legge ordinaria, sarebbe a rischio l'autonomia e l'indipendenza della Corte, rispetto al legislatore. Per fondare una «riserva di regolamento» a favore della Corte, conformemente alla sopraddetta logica del sistema delle fonti in materia di giustizia costituzionale, si è ragionato sulla posizione particolare occupata dalla legge n. 87. L'argomento testuale è rappresentato dall'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1953 il quale contiene, per così dire, una rassegna delle fonti «esterne», in materia di giustizia costituzionale: «la Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti e alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale n. 1 del 1948 e alla *legge ordinaria emanata per la prima attuazione* delle predette norme costituzionali». Questa disposizione – che pare modificare il sistema normativo previsto dall'art. 137 Cost., dove si parla di una legge costituzionale (circa le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale e le garanzie d'indipendenza dei giudici costituzionali) e di legge ordinaria (per le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte) – avrebbe «fissato» la disciplina della legge ordinaria emanata «per la prima attuazione», attribuendo a essa una particolare efficacia, almeno dal lato passivo, escludendo che altre leggi successive (non «di prima attuazione») possano abrogarla o modificarla. La legge per la prima attuazione è per l'appunto la legge n. 87, emanata contestualmente alla legge costituzionale che l'ha prevista: essa sarebbe così una sorta di «legge organica» in materia di giustizia costituzionale, differenziata e più stabile rispetto alle altre leggi ordinarie. Pur non essendo prevista nel nostro ordinamento una categoria di leggi di tal fatta, nel caso specifico si arriverebbe egualmente a essa, avvicinando il sistema delle fonti in materia di giustizia costituzionale del nostro Paese a quello vigente altrove – in Francia e Spagna, ad esempio –, ove le leggi organiche sono un tipo di fonte, per così dire, *più che legislativa*, espressamente previsto per casi particolari tra cui, appunto, la disciplina della giustizia costituzionale.

La ricostruzione anzidetta<sup>26</sup>, tuttavia, nella sua rigidità è smentita dall'esperienza, non contrastata, di leggi ordinarie successive (non di «prima attuazione», dunque), modificative della legge n. 87 circa lo *status* dei giudici, l'organizzazione amministrativa della Corte e le procedure davanti a essa. A ciò potrebbe aggiungersi – anche se non come prova decisiva del carattere ordinario di quella legge, trattandosi di questione attinente più al rapporto con la Costituzione che al rapporto con altre leggi – che la Corte costituzionale stessa, in varie occasioni, ha esaminato problemi di costituzionalità di varie sue disposizioni, alla stessa stregua delle altre leggi ordinarie (sent. n. 56 del 1957; n. 111 del 1963; n. 127 del 1966; e da ultimo, n. 43 del 2017).

La legge in questione – così sembra di poter dire – non è insomma garantita contro qualsiasi sua futura modificazione in virtù di una sua particolare forza che la difenda nel suo complesso e in ciascuna delle sue disposizioni. Essa è protetta contro le eventuali modificazioni in contrasto con i principi costituzionali attinenti all'indipendenza della Corte costituzionale e all'effettività della sua funzione; è difesa, cioè, contro le modifiche incostituzionali che intacchino i fondamenti della giustizia costituzionale, quali previsti dalla Costituzione.

Con questa osservazione, ci si introduce al secondo ordine di argomenti su cui si fonda la garanzia dell'autonomia regolamentare della Corte: tale autonomia non è istituita dai due ricordati articoli della legge n. 87, ma è da questi presupposta, in quanto strettamente collegata alla «posizione istituzionale» della Corte costituzionale stessa. A favore dell'autonomia regolamentare, c'è una base di legittimità assai più solida di quella meramente legislativa. Ai citati artt. 14 e 22 della legge n. 87 si deve, infatti, riconoscere un valore solo ricognitivo d'un principio di livello costituzionale. In questo ordine di idee, si è osservato che «le disposizioni dei testi costituzionali garantiscono la piena indipendenza dei membri della Corte, come istituzione complessiva e come collegio, da ogni possibile ingerenza di estranei poteri: ciò che implica, a sua volta, che a essa sia riconosciuta un'ampia potestà di autodisciplinare, con proprie norme, il suo funzionamento»<sup>27</sup>.

Questo fondamento è però alquanto generico nella sua portata, ciò che spiega la tendenza all'espansione, non facilmente controllabile, della potestà regolamentare in questione<sup>28</sup>. La potestà normativa d'un organo di vertice che non ha controlli sopra di sé, tende per natura ad allargarsi. Il legislatore che intendesse porre limiti legiferando a sua volta, incorrerebbe nel controllo di costituzionalità, sia

<sup>26</sup> Su cui F. Modugno, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. n. 87 del 1953*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, pp. 1723 ss., e Panunzio, *I regolamenti della Corte costituzionale*, cit., pp. 175 ss. Un'anticipazione può rinvenirsi già in P. Calamandrei, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., vol. VIII, Comm. per la Cost., II sottocomm., II sez., 15 gennaio 1947, p. 2035 ove viene illustrato l'art. 36 del suo progetto, così formulato: «l'ordinamento della Suprema Corte costituzionale e il procedimento da seguire innanzi a essa sono regolati da un'apposita legge, modificabile soltanto nelle forme e con le garanzie stabilite per la modificazione delle leggi costituzionali».

<sup>27</sup> Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, cit., pp. 236 ss.

<sup>28</sup> Crisafulli, *Osservazioni*, cit., pp. 564 ss.

sotto il profilo della violazione della sfera di competenza riservata all'autonomia regolamentare della Corte, sia sotto quello della violazione della sua posizione di indipendenza, così come essa stessa la concepisce. L'ultima parola, almeno fino a tanto che il legislatore non mettesse mano al procedimento di revisione costituzionale, spetta infatti alla Corte<sup>29</sup>.

Naturalmente, limiti in astratto esistono e sono quelli che derivano per conseguenza dallo stesso fondamento della potestà regolamentare: ciò che ha a che vedere con la garanzia di funzionalità dell'organo e dei procedimenti dinanzi a esso dovrebbe costituire l'ambito della competenza regolamentare della Corte e, altresì, il criterio di prevalenza sulla disciplina legislativa esterna. Nella sentenza n. 210 del 1983 si è precisato che il potere delle NI di modellare le procedure non può giungere a modificare la posizione dei soggetti processuali nei giudizi costituzionali, essendo a tali norme consentito intervenire solo sulla funzionalità delle sue procedure. Così, l'art. 3 cpv. delle NI, al fine di eliminare inconvenienti nelle procedure di intervento delle «parti» nel giudizio incidentale (*infra*, pp. 109 ss.), ha modificato (negando però che si tratti di modifica: sent. n. 47 del 1957) perfino una norma contenuta nella legge n. 87.

L'anzidetta ampia accezione del potere regolamentare della Corte costituzionale è stata accettata dagli altri soggetti dell'ordinamento. Le norme poste dalla Corte non sono state contestate. Quando si è inteso rimuovere una norma regolamentare (quella prescrivente la *prorogatio* dei giudici costituzionali di cui s'è detto) si è proceduto con legge costituzionale, quasi a sottintendere l'insufficienza della mera legge ordinaria. La Corte costituzionale, a sua volta, ha sottolineato, da parte sua, la spettanza a sé delle questioni di auto-organizzazione (ammesso che la scadenza dei giudici dalle loro funzioni sia questione di tale tipo), provvedendo con propria deliberazione (7 luglio 1969) ad adeguare il proprio regolamento alla nuova disciplina costituzionale, sottintendendo così la propria autonomia.

Conclusivamente, si può riconoscere l'aderenza alla realtà del seguente giudizio di sintesi<sup>30</sup>: «l'attribuzione di potestà regolamentare espressa negli artt. 14 e 22 della l. n. 87 ha certamente operato fin dall'inizio come se contenesse una riserva costituzionalmente stabilita: escludente dal suo ambito la legge ordinaria o, quantomeno, autorizzante il regolamento della Corte a derogare alle sue disposizioni, fermi restando i limiti derivanti da fonti di grado costituzionale». E, se si accetta la spiegazione derivante dalla «posizione» costituzionale della Corte, si può dire che tutto ciò non deriva puramente dall'effettività dei rapporti costituzionali, ma che ciò corrisponde alla logica di un sistema il quale, eccezionalmente, richiede una certa marginalizzazione della legge ordinaria a favore della fonte di autoregolamentazione, nell'ambito della disciplina di rango costituzionale.

## 6. Regole di organizzazione e funzionamento

*Il presidente della Corte costituzionale.* La Corte costituzionale ha un presidente eletto tra e da i suoi 15 componenti. Rimane in carica per tre

<sup>29</sup> A. Pizzorusso, «*Stare decisis*» e Corte costituzionale, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Utet, 1971.

<sup>30</sup> Crisafulli, *Lezioni*, cit., p. 240.

anni ed è rieleggibile, ferma restando comunque la scadenza novennale quale giudice costituzionale (art. 135, quinto comma, Cost.). L'elezione avviene a maggioranza assoluta dei componenti (art. 6 l. n. 87) e a scrutinio segreto (art. 7 *Reg. gen.*). Se dopo due votazioni nessuno ha ottenuto la maggioranza richiesta, si procede al ballottaggio tra coloro che hanno ottenuto più voti. Per consentire in ogni caso l'elezione al terzo scrutinio, si prevede che, a parità di voti, sia eletto il giudice più anziano di carica o, in mancanza, più anziano di età (art. 6 della l. n. 87).

L'art. 7 del *Regolamento generale*, nella sua formulazione originaria, autorizzava l'elezione del nuovo presidente nell'imminenza della scadenza del presidente uscente, con la partecipazione di quest'ultimo e sotto la sua presidenza. Così si era formata una prassi discutibile che determinò (giugno 1987) un contrasto all'interno della Corte, così aspro da portare alle dimissioni del giudice che l'aveva provocato. Mentre gli argomenti non giuridici della polemica non meritano considerazione, la questione giuridica richiede invece un commento. La prassi instaurata consentiva al presidente uscente, il quale fosse prossimo alla scadenza anche come giudice costituzionale per termine del mandato, di convocare subito prima della scadenza stessa e di presiedere il collegio chiamato a eleggere il suo successore. Questa interpretazione fu contestata, sostenendosi che il presidente del collegio convocato per l'elezione del nuovo presidente potesse essere il presidente uscente solo nel caso in cui egli, terminato il triennio, fosse scaduto come presidente ma non come giudice. Altrimenti, la convocazione della Corte avrebbe dovuto avvenire dopo la sua cessazione dalla carica e la presidenza del collegio avrebbe dovuto essere assunta dal giudice più anziano (come previsto dalla norma regolamentare). Ovviamente, del collegio avrebbe dovuto far parte il nuovo giudice, ove fosse stato tempestivamente nominato o eletto.

La tesi affermata nella prassi consentiva al presidente uscente, come suo ultimo atto e quasi come lascito ereditario, di contribuire all'elezione del proprio successore. La tesi opposta gli avrebbe negato questa possibilità e avrebbe consentito al giudice neonominato al suo posto di prendere parte all'elezione. La comparazione tra gli argomenti a favore della prassi fino ad allora seguita (la necessità di evitare discontinuità, anticipando l'elezione del nuovo presidente; l'opportunità di impedire che il soggetto cui spetta la nomina o l'elezione del nuovo giudice possa influire sulla maggioranza che si andrà a formare sul nuovo presidente; l'opportunità che il presidente uscente possa pronunciarsi in una decisione importante per la vita della Corte) e quelli contrari (soprattutto la stranezza della contemporanea esistenza di due presidenti e la contraddizione tra il fatto e il diritto: la possibilità giuridica di (ri)elezione del presidente uscente, alla stessa stregua di tutti gli altri giudici facenti parte del collegio, smentita dall'evidente impossibilità di fatto di tale rielezione, con l'inevitabile violazione della pari posizione di tutti i giudici entro il collegio e della regola secondo la quale tutti i giudici sono al contempo elettori ed eleggibili ecc.) ha, finalmente, portato a un chiarimento attraverso la modifica della norma regolamentare. Con deliberazione del 25 maggio 1999, la Corte ha ritoccato il citato art. 7 del suo *Regolamento*. L'elezione del presidente avviene sotto la presidenza del giudice più anziano di carica e la Corte è convocata in una data immediatamente successiva al giuramento del nuovo giudice che ha sostituito il giudice-presidente scaduto. Se la sostituzione tarda a venire, la Corte è ugualmente convocata (dunque, in formazione incompleta) nei giorni immediatamente successivi ai 30 giorni dalla cessazione del mandato del presidente uscente, previsti per la sua sostituzione.

*Criteri di scelta.* Per quanto l'elezione del presidente corrisponda a ragioni di affinità con i giudici e la loro maggioranza, egli non esprime propriamente un indirizzo di politica giudiziaria, per la semplice e originaria ragione che un indirizzo di tal tipo, tale da scindere i giudici in raggruppamenti di maggioranza e minoranza, non ha ragion d'essere e, se esistesse, sarebbe una deviazione dalla quale non si dovrebbero fare discendere conseguenze a loro volta devianti. Perciò, l'elezione avviene senza candidature formali, senza dichiarazioni e senza dibattito. Per la stessa ragione, non è ammissibile un voto di sfiducia o di revoca nei suoi confronti<sup>31</sup>, ferma restando l'applicabilità, in quanto giudice e non in quanto presidente, della rimozione e della sospensione prevista in generale per tutti i componenti della Corte, in caso di sopravvenuta incapacità fisica o civile o per gravi mancanze nell'esercizio della funzione (art. 3, cpv., della l. cost. n. 1 del 1948).

Poiché il presidente della Corte non è un «capo» ma è un *primus inter pares*, è comprensibile la prassi dell'anzianità di carica come criterio preferenziale di scelta. L'elezione a presidente costituisce così, normalmente, la conclusione del mandato. Ovviamente, questa prassi comporta la tendenziale breve durata delle presidenze. Ciò ha indotto alcuni osservatori a ipotizzare l'esistenza di interessi materiali alla base di una prassi che ha come effetto la moltiplicazione di ex presidenti. Un'ipotesi che sembra, però, infondata se solo si considera che il presidente, dal punto di vista del trattamento giuridico ed economico, è in tutto equiparato agli altri giudici, essendo prevista per lui, dall'art. 12, primo comma, della legge n. 87, soltanto un'indennità di rappresentanza, destinata obbligatoriamente a cessare alla scadenza del mandato. Ragioni di maggiore stabilità nella vita della Corte e di garanzia di uniformità nella sua giurisprudenza (che, peraltro, non dipendono decisamente dai poteri presidenziali) sono, al contrario, alla base della più recente tendenza verso «presidenze lunghe», ove la scelta dunque non ricade necessariamente sul giudice più anziano di carica. Ragioni che, seppur comprensibili, contrastano con l'assenza in capo al presidente di alcun indirizzo di politica giudiziaria.

*Poteri.* Il presidente rappresenta la Corte, la convoca, ne presiede le sedute in udienza pubblica e in «camera di consiglio» e sovrintende all'attività delle commissioni istituite con compiti amministrativi e organizzativi (artt. 22-29 *bis* Reg. gen.). Alla rappresentanza formale della Corte, si aggiunge nella prassi un potere di «rappresentazione» generale degli indirizzi della Corte e di precisazione su singoli aspetti della sua giurisprudenza. I momenti di questi interventi sono prima di tutto le conferenze-stampa di inizio anno, nelle quali vengono riassunti i risultati dell'attività dell'anno precedente e si mettono in luce le eventuali difficoltà della Corte, spesso chiamando in causa le responsabilità di altri organi costituzionali. Ma esistono anche occasioni, meno formali, come dichiarazioni o interviste, nelle quali il presidente parla per la Corte su tutto ciò che ritiene opportuno precisare, per meglio intenderne l'opera o per difenderla, nel suo insieme o nella persona di sin-

<sup>31</sup> In argomento T. Martines, *Il presidente della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1981, I, p. 2057 (e in *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, in onore di Vezio Crisafulli, vol. I, Padova, Cedam, 1985, pp. 493 ss.).



goli giudici, da attacchi ritenuti ingiustificati. Nella sostanza, si è affermato per tacito consenso un potere di esternazione per conto della Corte, il cui esercizio nei casi di maggior rilievo pubblico, essendo al servizio della Corte e non del presidente, dovrebbe essere concordato con i giudici<sup>32</sup>.

In generale, si può dire che l'influenza del presidente sull'attività della Corte dipende molto più dal suo prestigio e dal suo ascendente sui colleghi che non dalla titolarità di poteri formali. Il presidente è forte o debole in virtù dei suoi caratteri personali (ciò che, del resto, può valere anche per i singoli giudici).

Sebbene, dunque, non si debba enfatizzare l'importanza del presidente, fino a concepirlo come il centro motore della Corte, in contraddizione col principio di collegialità, alcuni poteri presidenziali possono assumere rilievo nell'attività giurisdizionale<sup>33</sup>.

a) La nomina del giudice relatore (artt. 26, l. n. 87 e 22, l. n. 20 del 1962) può essere rilevante per l'orientamento che egli può imprimere nella discussione e nella soluzione della causa, anche se i casi in cui la posizione del relatore risulta minoritaria sono numerosi, senza che da ciò nascano particolari frizioni. Il relatore, nel caso in cui si manifestino orientamenti divergenti, è di regola colui che s'incarica di elaborare la motivazione della decisione su cui sia possibile la più ampia convergenza tra i giudici. Esiste una tendenza alla specializzazione «per materie» dei giudici, a seconda delle loro specifiche provenienze e competenze. Entro un certo limite, tale tendenza è naturale. Al di là di tale limite, tuttavia, essa diviene una distorsione che altera lo stesso principio di collegialità. Negli anni recenti, ad esempio, è straordinariamente aumentato il contenzioso costituzionale tra lo Stato e le Regioni in materie economico-contabile difficilmente padroneggiabili da tutti i giudici. Così, è facile intravedere in certe decisioni la mano di pochi giudici o, addirittura, d'un solo giudice esperto della materia, il cui orientamento, per estraneità degli altri, difficilmente si presta a essere discusso collegialmente.

Secondo l'art. 17, comma 4, NI, «la redazione delle sentenze e delle ordinanze è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal presidente ad altro o a più giudici». Dunque, di regola, il giudice relatore è anche redattore. La non-coincidenza – risultando dal testo della decisione – è sintomo dell'esistenza di problemi, cioè di dissensi non superati. La «indisponibilità» corrisponde al diritto del giudice relatore di essere esonerato della stesura di una motivazione per lui ripulsiva. «Altro motivo» non potrebbe essere che

<sup>32</sup> S. Rodotà, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 502.

<sup>33</sup> Sull'uso dei poteri presidenziali, A. Massera, *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1972, pp. 848 ss., nonché la testimonianza di G. Branca, in «Politica del diritto», 1971, pp. 31 ss. e, in generale, Martines, *Il presidente*, cit., pp. 2066 ss. e, sull'organizzazione e la preparazione del lavoro della Corte, G. D'Orazio, G. La Greca e P. Pratis, *Sull'organizzazione del lavoro della Corte costituzionale in sede giurisdizionale*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche del giudizio costituzionale*, Padova, Cedam, 1987.

l'incapacità o la mancanza di lealtà (qualora il giudice sia rimasto in minoranza). Non risulta che si sia mai fatto ricorso a questo motivo, che suonerebbe come offesa gravissima nei confronti del giudice relatore. È lecito, allora, interpretare la mancata coincidenza relatore-redattore come esistenza di un contrasto radicale tra la maggioranza della Corte e il giudice relatore, rimasto soccombente. Si badi, «contrasto radicale», o «di coscienza»: il solo fatto di non aver visto approvata la propria proposta non giustifica di per sé il rifiuto di motivare. Ne consegue che la redazione a opera del medesimo relatore non è nemmeno da intendersi, al contrario, come prova o presunzione di condivisione, da parte del redattore, degli argomenti ch'egli ha spiegato nella motivazione. I giudici lavorano «per la Corte», non per sé stessi, almeno fino a quando non chiedano d'essere esonerati. Questo è un aspetto, non privo di significato, della «collegialità», nel senso di cui si dirà più avanti. Si noti la differenza con ciò che dispone, ad esempio, l'art. 118, ultimo comma, delle *Disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*: «La scelta dell'estensore della sentenza [...] è fatta dal presidente tra i componenti il collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione».

*b)* La convocazione della Corte direttamente in camera di consiglio, nel giudizio sulle leggi (incidentale e principale) elimina la fase di discussione in udienza pubblica. Si tratta di uno strumento di accelerazione dei lavori, ma anche di orientamento verso una soluzione per le vie brevi delle questioni da discutere. Tuttavia (art. 9, quarto comma, NI), ove nella camera di consiglio emergano ragioni per la discussione in contraddittorio orale, la Corte procede al rinvio della trattazione all'udienza pubblica per consentire il dispiegarsi pieno del contraddittorio (ad esempio, sent. n. 127 e n. 128 del 1982 e n. 360 del 1996 sull'importante questione della «reiterabilità» dei decreti-legge).

La trattazione senza discussione in udienza pubblica può avvenire, oltre che nel caso in cui nessuna parte sia costituita (e anche quando vi sia il solo intervento del presidente del Consiglio dei ministri), quando, d'accordo con il giudice relatore, il presidente ritenga ricorrere il caso della manifesta infondatezza (artt. 9, cpv., 25, quarto comma, NI e 26 cpv. della l. n. 87) e, per ovvia estensione (o «a maggior ragione»<sup>34</sup>), della manifesta inammissibilità; ovvero, nel caso dei conflitti tra enti, quando il ricorso appaia manifestamente inammissibile o la rivendicazione dell'attribuzione manifestamente infondata. Il caso più frequente che dà luogo alla riunione in camera di consiglio, in luogo dell'udienza pubblica, è quello della riproposizione di questioni identiche o analoghe ad altre già decise, «in assenza di profili tali da indurre la Corte a un mutamento di giurisprudenza» (ord. n. 121 del 1986).

*c)* Al presidente spetta, inoltre, il potere di stabilire «il ruolo», cioè il programma di lavoro della Corte, determinando così quando le singole cause saranno trattate (art. 8 NI): potere che, pur in presenza di termini legali (che comunque si considerano solo indicativi), assume una notevole importanza quando si tratta di scegliere il momento più adatto, in relazione alla natura della questione, agli interessi coinvolti, alle ripercussioni sui lavori parlamentari ecc.: in breve, quando la questione è matura per la decisione.

<sup>34</sup> Delibera integrativa della Corte costituzionale, 5 marzo 1981 (cit. in D'Orazio, La Greca e Pratis, *Sull'organizzazione del lavoro*, cit.).

Al riguardo, si seguono criteri di massima, non tassativi, che tengono conto, in prima istanza, dell'ordine cronologico delle questioni e dei ricorsi e, poi, di altri criteri sostanziali che possono indurre a derogare al dato della priorità temporale: la quantità di questioni pendenti sul medesimo oggetto, come *test* dell'interesse sociale alla soluzione tempestiva del problema e come indice dell'incidenza della pronuncia della Corte sull'amministrazione della giustizia in genere (stante la sospensione dei procedimenti in corso, durante la pendenza del giudizio costituzionale); l'importanza intrinseca delle questioni, ad esempio quelle sul funzionamento degli organi costituzionali, sulla finanza pubblica ecc.; l'irreparabilità del pregiudizio derivante dal ritardo nella decisione (in specie, quando esistano imputati detenuti, interessati alla pronuncia d'incostituzionalità)<sup>35</sup>. Ove si ravvisi l'urgenza, il presidente, con atto motivato, può ridurre fino alla metà i termini dei procedimenti (art. 9, l. cost. n. 1 del 1948). I criteri anzidetti hanno però valore solo orientativo, cosicché il presidente può decidere in base a fini diversi, ad esempio per evitare contrapposizioni inutili col legislatore; per evitare decisioni d'incostituzionalità quando si prospetta realisticamente il mutamento della legislazione a opera del legislatore, o per difendere l'estraneità della Corte rispetto a processi politici in corso (o, al contrario, far pesare il proprio orientamento), oppure ancora per sottrarre la Corte a situazioni di tensione con altri organi costituzionali quando il caso potrebbe appianarsi da sé col passare del tempo.

d) Infine, al voto presidenziale, in caso di parità (salvo che nel processo penale costituzionale), è attribuito valore doppio (art. 16 della l. n. 87 del 1953). Questa regola è determinata dalla necessità di giungere, comunque, a una decisione quando una maggioranza non si è formata. Deriva dal «valore aggiunto» per ragioni di funzionalità e non da un «plusvalore intrinseco» riconosciuto al voto presidenziale come tale. Infatti, quando nel collegio siedono i giudici in numero dispari, il voto del presidente vale esattamente come il voto di ciascun altro componente. Per questo, i presidenti dotati di prudenza e rispettosi della logica d'un collegio paritario, esiteranno dal fare uso del loro voto determinante in cause di grande impatto o quando si prospetta un mutamento di giurisprudenza importante<sup>36</sup>.

Pur in presenza degli anzidetti poteri che caratterizzano la posizione del presidente rispetto a quella degli altri giudici, non si può dire, conclusivamente, che gli sia attribuita una funzione preminente, condizionante la vita del collegio. La riprova è che, in Italia, a differenza che in altri Paesi come gli Stati Uniti, non si usa segnare le «fasi» della giurisprudenza costituzionale col nome dei presidenti della Corte. Essi possono dirigere i lavori, «fare l'andatura», come è stato detto<sup>37</sup>, ma non influire decisamente sugli indirizzi giurisprudenziali. Molto, alla fine, dipende, come si è detto, dalla sua autorevolezza. Ma, d'altra parte, l'influenza può essere esercitata anche da singoli giudici, perché l'autorevolezza è un dato sostanziale che si ha o non si ha, indipendentemente dalla posizione formale che si riveste.

<sup>35</sup> Indicazioni in proposito in D'Orazio, La Greca e Pratis, *Sull'organizzazione del lavoro*, cit., § 6.

<sup>36</sup> Un caso è ricordato in G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino, Einaudi, 2005, p. 18.

<sup>37</sup> G. Branca, *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970.

## 7. Trattazione e provvedimenti

La Corte opera con l'intervento di almeno undici giudici (art. 16, l. n. 87 del 1953) in modo che sia assicurata la presenza di almeno un giudice, rispettivamente, di elezione parlamentare e giudiziaria o nomina presidenziale. Le decisioni sono deliberate in camera di consiglio da tutti i giudici intervenuti a tutte le udienze di trattazione della causa (principio dell'immutabilità del collegio nei giudizi costituzionali) e sono prese a maggioranza assoluta dei votanti (come dire: dei presenti, l'astensione non essendo ammessa in un collegio giudicante).

Resta perciò esclusa la possibilità che un giudice intervenga solo alla deliberazione della decisione o, caso inverso, non intervenga solo alla deliberazione o all'approvazione finale della motivazione. La *ratio* di questa regola è chiara: garantire la continuità del collegio e impedire le assenze (o le presenze), per così dire, diplomatiche. Ma ne derivano notevoli inconvenienti e la necessità di ricominciare tutto da capo, con rinvio della causa a nuovo ruolo, quando il giudice che abbia partecipato alle udienze precedenti la camera di consiglio di decisione venga per qualche ragione a mancare nel prosieguo del procedimento (cfr. ord. nn. 181 del 1972 e 145 del 1980)<sup>38</sup>.

In altri sistemi di giustizia costituzionale è previsto che, per addivenire alla dichiarazione d'incostituzionalità della legge, occorre una maggioranza qualificata. Questa regola, della cui opportunità si discute ogni tanto anche da noi da parte di aspiranti riformatori della Costituzione, implica uno spostamento di potere, a favore delle maggioranze parlamentari, e comporta una sorta di «privilegio del legislatore», le cui decisioni sono sovraprotette, rispetto alla regola comune della maggioranza dell'organo di controllo.

La trattazione delle cause avviene normalmente in due fasi: la discussione tra le parti in udienza pubblica, con l'intervento dei soggetti ammessi a parteciparvi; la deliberazione dei giudici in camera di consiglio che si conclude con la decisione. La camera di consiglio è riservata ai giudici e, come in tutti i casi di attività non in udienza pubblica, per un principio generale legislativo (sent. n. 18 del 1989) che riguarda tutti i tipi di processi, i suoi lavori sono protetti dall'obbligo di riserbo da parte dei partecipanti, cui dovrebbe seguire, in caso di violazione (frequente quando esistono pressioni esterne), la responsabilità disciplinare davanti alla Corte stessa (il segreto della camera di consiglio nel processo davanti al giudice comune è protetto dalla punizione come reato – art. 685 c.p. – del fatto di «chiunque pubblica i nomi dei giudici, con l'indicazione dei voti individuali che a essi si attribuiscono»). Non si redige alcun processo

<sup>38</sup> A. Pizzorusso, in «Foro italiano», 1980, I, c. 2943. La soluzione agli inconvenienti (l'ord. n. 145 del 1980 rinvio a nuovo ruolo 330 cause già discusse!) potrebbe trovarsi in una diversa interpretazione delle norme vigenti o in una loro modificazione a opera della Corte stessa, le quali consentano la riduzione del collegio in caso di cessazione del giudice dalla carica e di assenza per legittimo impedimento dovuto a cause obiettive. Sul punto, G. De Roberto, *Note sull'immutabilità del collegio nel processo costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1980, 1, pp. 1221 ss. e D'Orazio, La Greca e Pratis, *Sull'organizzazione*, cit., § 4.

verbale (a differenza di ciò che accade presso il *Conseil constitutionnel* delle cui deliberazioni si tiene il *compte-rendu*, consultabile a distanza di venticinque anni, dunque per fini essenzialmente storiografici<sup>39</sup>). Ciò che si dice nella discussione è destinato a perdersi con il suono delle parole dette, restando solo ciò che si deposita nella motivazione delle decisioni assunte collegialmente. L'impenetrabilità delle argomentazioni avanzate nella discussione dovrebbe proteggerne la piena libertà rispetto alle critiche e rispetto agli altrettanto pericolosi consensi esterni verso i quali il giudice si possa sentire responsabile.

Il momento decisivo e decisorio è quello della deliberazione in camera di consiglio. Essa è preparata dalle cosiddette «ricerche» circa i precedenti della Corte stessa, la giurisprudenza di altre Corti, nazionali, straniere o internazionali, gli scritti della dottrina, i lavori parlamentari ecc. A tale materiale, la cui mole può variare a seconda della difficoltà o della delicatezza della questione posta, è affiancata una «scheda di lettura» in cui sono riassunti sinteticamente i punti più rilevanti ai fini della decisione. Su queste basi, il giudice relatore riassume i termini della questione ed è chiamato a «concludere», cioè a esporre la soluzione del caso. La «conclusione» è comunque una proposta, sulla quale si apre la discussione alla quale tutti i giudici sono tenuti a partecipare. E sebbene è evidente che la proposta esercita un'influenza sulla discussione, orientandola, non è affatto detto che essa sia accolta.

In tutta la fase preparatoria, svolgono una parte importante gli «assistenti di studio». A differenza di altre Corti costituzionali o supreme, presso le quali esiste un servizio giuridico composto di esperti che fanno capo all'istituzione, la Corte italiana ha scelto un sistema diverso: ogni giudice dispone fino a tre assistenti, da lui scelti autonomamente sulla base della fiducia, normalmente tra magistrati delle giurisdizioni comuni o tra persone provenienti dall'Università. È difficile valutare il peso che il lavoro degli assistenti esercita sul giudice di riferimento, che dipende da vari fattori legati anche alla personalità dei soggetti coinvolti. Un rischio sta nell'influenza eccessiva degli assistenti, sia nella formazione delle opinioni dei giudici, sia addirittura nella stesura della motivazione delle sentenze. Esiste una prassi – su cui in passato sono state sollevate critiche – secondo la quale gli assistenti si trovano a discutere delle questioni di legittimità costituzionale tutti insieme prima della camera di consiglio dei giudici, col rischio di svolgere quasi un pre-giudizio che potrebbe finire per rappresentare, all'interno delle dinamiche della Corte, un'anticipazione e, quindi, di fatto, un condizionamento di ciò che sarà poi deciso dai «veri giudici». Inoltre, risulta assai delicato il rapporto che gli assistenti intrattengono con le giurisdizioni di provenienza legittimate alla proposizione di questioni di costituzionalità ch'essi sarebbero poi chiamati a esaminare in qualità di collaboratori del loro giudice di riferimento. Analoga delicatezza si potrebbe verificare nell'assegnazione delle cause ai giudici relatori in relazione agli interessi o alla specializzazione dei loro assistenti. Ancora, può accadere che, avendo accesso a riviste giuridiche, gli assistenti possano commentare decisioni ch'essi stessi hanno collaborato a elaborare. Da ultimo, poiché talvolta gli assistenti circolano da un giudice all'altro quando viene a scadenza il mandato di questi, vale anche in questo caso l'espressione che si usa nel rapporto tra ministri e burocrazia: i giudici passano e gli assistenti restano. Insomma, come

<sup>39</sup> B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramani, D. Rousseau e X. Philippe, *Les Grandes Délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2014<sup>2</sup>.

accade con riguardo a tutti i titolari di poteri decisionali, non si deve trascurare il peso sulle decisioni che è esercitato da coloro che ne compongono la cerchia dei collaboratori<sup>40</sup>.

La stesura delle motivazioni è affidata normalmente al giudice relatore (art. 17 NI). Del progetto di motivazione, prima del varo della sentenza, viene data lettura davanti ai giudici nuovamente riuniti in camera di consiglio, affinché siano apportate le modifiche ritenute necessarie e, eventualmente, si provveda alla riscrittura, parziale o integrale, delle ragioni della Corte. Le decisioni con le quali la Corte definisce i propri giudizi sono sentenze. Esse sono pronunciate in nome del popolo italiano e, oltre a contenere il «dispositivo», danno atto nella motivazione delle ragioni di fatto e di diritto che sorreggono il dispositivo. Tuttavia, non essendo ammesso alcun ricorso contro le decisioni costituzionali, quello che di fronte ad altre giurisdizioni potrebbe configurare un vizio della motivazione (motivazione incompleta, contraddittoria ecc.), qui non ha alcun rilievo. Perciò la Corte dispone delle proprie ragioni, potendole modellare secondo i propri più diversi intenti: ad esempio, per non pregiudicare future decisioni, la motivazione potrà essere reticente; per orientare il dibattito politico su certi temi, la motivazione sarà ricca di argomenti anche non indispensabili a sorreggere il dispositivo (i cosiddetti *obiter dicta* ecc.).

I provvedimenti interlocutori nel corso del giudizio (decisioni preliminari, restituzione degli atti al giudice che ha sollevato la questione, disposizione di mezzi di prova ecc.) sono adottati con *ordinanza*, succintamente motivata (art. 18 della l. n. 87). Con *ordinanza* si provvede altresì nei casi di *infondatezza o inammissibilità manifeste* delle questioni sottoposte al giudizio della Corte. I provvedimenti meramente ordinatori del presidente della Corte (ad esempio, la nomina del giudice relatore, l'abbreviazione dei termini, la fissazione dell'udienza, la convocazione della Corte ecc.) sono presi con *decreto*.

### PARTE III. DELIBERARE IN DIRITTO COSTITUZIONALE

#### 8. Collegialità

Ora, occorre cambiare prospettiva per cercare di guardare al di là delle norme, allo spirito dell'istituzione che ne fa da sfondo e da supporto. Ciò che è davvero fondamentale non sta sempre in prima fila, stando spesso al di là del diritto posto. Non si comprenderebbe questo spirito se non si desse il necessario rilievo al principio di collegialità che domina i lavori della Corte e al quale ogni presidente, appena eletto, rende sempre un formale omaggio. La collegialità non è un dato esclusivamente giuridico, esteriore. È un dato sostanziale: è l'anima forte della Corte, che corrisponde alla sua «vocazione deliberativa», nel senso in cui la «deliberazione» si contrappone concettualmente alla «votazione». Ragionare diversamente

<sup>40</sup> C. Schmitt, *Dialogo sul potere* (1954), Milano, Adelphi, 2012.

vorrebbe dire non avere più la Corte costituzionale nella sua unitarietà, ma frazioni o gruppi che si affrontano con la forza schiacciante di voti a maggioranza. La Corte perderebbe la sua anima se i suoi giudici cedessero alla tentazione di cessare di discutere, di rimettersi passivamente alle proposte dei relatori di turno, o di affidarsi – nella scelta delle soluzioni e nella redazione delle decisioni – alla schiera degli assistenti di studio, non meno preparati dei loro giudici di riferimento e non infrequentemente dotati d'una certa consapevolezza del proprio valore.

L'attività della Corte è, e deve essere, imperniata sulla personalità individuale dei giudici. Al tempo stesso, però, è e deve essere rigorosamente collegiale. Ciò assume un significato profondo, che va ben oltre il mero rispetto di regole procedurali di funzionamento. Mentre in altri ordinamenti ciascun giudice costituzionale è singolarmente dotato di una propria personalità e individualità istituzionale, da noi i giudici costituzionali, cui è riconosciuta la soggettività più piena all'interno del collegio, fuori di esso non sono nulla. Esistono solo come parti della Corte; fuori non hanno compiti da svolgere, non possono nemmeno manifestare opinioni su argomenti che anche solo indirettamente potrebbero avere riguardo ai compiti della Corte e, men che meno, con riguardo alla sua attività. Ne risulta un corpo decidente unitario che si avvale di quindici, più o meno piccoli, propri frammenti dinamici.

Questa condizione, che nettamente distingue un organo come la Corte costituzionale da un qualsiasi consesso politico o politico-amministrativo, come può essere un piccolo parlamento o un consiglio comunale, può mantenersi a condizione che il numero dei componenti sia adeguato allo spirito dell'organo e della sua funzione, cioè un numero non troppo elevato. In caso contrario, diventa inevitabile la divisione per gruppi che organizzano il lavoro, precostituiscono posizioni, formano maggioranze e minoranze stabili: tutte conseguenze che, a parte ogni altra degenerazione, frantumerebbero l'unitarietà del collegio e ne muterebbero la sostanza. Per questo, è da considerare come massimo pericolo per la sua condizione istituzionale l'ipotesi, affacciata in passato da nostri riformatori costituzionali<sup>41</sup>, talora con l'ingannevole pretesto di alleggerire l'impegno richiesto a ciascun giudice, di un aumento numerico dell'attuale composizione, già al limite di quanto è sopportabile. Non sarebbe una riforma di dettaglio, un semplice ritocco quantitativo che crea nuovi e ambiti posti da ricoprire, ma una vera e propria trasformazione di natura.

Coerente con il principio di collegialità è l'obbligo di riservatezza con riguardo all'andamento della deliberazione in camera di consiglio e, alla fine, con riguardo alle posizioni assunte *nominatim* dai singoli giudici. Non è solo un difetto d'osservanza di obblighi deontologici o un cedimento alle tentazioni della pubblicità e della vanità, ma è una violazione di un preciso obbligo giuridico, penalmente sanzionabile, l'informale e incontrollata fuga di notizie spesso sollecitate e raccolte dalla stampa.

<sup>41</sup> Commissione bicamerale per la riforma della Costituzione, testo del *Progetto di legge costituzionale* approvato il 4 novembre 1997, nuovo art. 135 della Costituzione: «La Corte costituzionale è composta da venti giudici», salva la possibilità di suddivisione in due sezioni.

Tutte le volte in cui esiste un interesse politico esterno si contraddice così, nella generale acquiescenza, il senso della collegialità e si vanificano le ragioni della riservatezza che dovrebbe proteggerla.

## 9. Giudicare e votare

Come accade in tutti i collegi, anche la Corte, al termine della discussione sulla singola questione di legittimità costituzionale, ai fini della decisione, vota. La procedura di votazione è regolata dall'art. 18, comma 2, delle NI: il relatore vota per primo, votano poi gli altri giudici, incominciando dal meno anziano di età e per ultimo vota il presidente. Il sistema descritto è dunque quello della rassegna dei voti, l'uno dopo l'altro e non tutti insieme, ad esempio, per alzata di mano contemporanea, come avviene nelle assemblee politiche. Il presidente dovrebbe raccogliere i voti e, una volta raggiunta la maggioranza, non dovrebbe nemmeno essere necessario proseguire nella conta.

Sembra, dunque, che il «passare ai voti» sia la fisiologia nella vita della Corte. Non è così. Nel voto a maggioranza, infatti, si annida una difficoltà che di solito viene ignorata ma che, invece, è bene non accantonare. Essa solleva domande che toccano il cuore della giurisdizione costituzionale.

L'essenza di ogni Costituzione può definirsi con le parole contenute nell'*opinion* del giudice Robert Jackson, nel famoso caso del *compulsory flag salute*<sup>42</sup> portato davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti nel 1943: «L'autentico proposito di una dichiarazione costituzionale dei diritti [*Bill of Rights*] è di sottrarre certe materie alle vicissitudini delle controversie politiche, collocarle al di là della portata di maggioranze e funzionari, sancirli come principi legali da applicarsi da parte delle Corti. Il diritto di chiunque alla vita, alla libertà, alla proprietà, alla libertà di parola, la libera stampa, la libertà di culto e di riunione e gli altri diritti fondamentali non possono essere sottoposti al voto; essi non dipendono dall'esito di alcuna votazione». Si può riassumere così: *la Costituzione è ciò su cui non si vota*; o meglio – con riferimento alle costituzioni democratiche – è ciò su cui non si vota più, perché si è già votato una volta per tutte, all'inizio. Qui si mostra una, forse la principale, funzione della Costituzione: fissare i presupposti della convivenza, cioè i principi sostanziali della vita comune e le regole di esercizio del potere pubblico accettati da tutti, posti perciò al di fuori, anzi, al di sopra della contesa politica; principi e regole sui quali – per l'appunto – *non si vota più* (a parte il caso eccezionale della revisione costituzionale che spetta agli organi politici, con procedure e maggioranze speciali).

Alla Corte costituzionale è affidato il compito di difendere la Costituzione e, per far ciò, i suoi giudici votano! Una patente contraddizione?

<sup>42</sup> *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), n. 591. Si veda in proposito S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics* (1996), trad. it. *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 187 ss. Robert Jackson fu un eminente giurista, giudice della Corte Suprema e capo del collegio d'accusa nel processo di Norimberga svoltosi a carico dei maggiori criminali nazisti.



Sarebbe troppo facile uscirne semplicemente osservando che la massima: *sulla costituzione non si vota* riguarda le decisioni che dispongono *sulla*, o *della* Costituzione, cioè le decisioni che hanno per oggetto la Costituzione e non l'interpretazione e l'applicazione della Costituzione. La Corte, certo, decide non *sulla* Costituzione ma *secondo* la Costituzione. Non può tuttavia essere questa la risposta, come si potrebbe credere pensando erroneamente che le interpretazioni costituzionali lascino comunque intatta la disposizione interpretata. La Costituzione, in sé e per sé, non esiste infatti se non come morto pezzo di carta. Essa vive delle sue interpretazioni e applicazioni. Onde, interpretarla in un modo invece che in un altro, mutare un'interpretazione precedente o addirittura rovesciarla, significa intervenire disponendo della Costituzione, pur lasciandola inalterata nel suo aspetto esteriore di testo scritto. Si può dunque dire così: quando la Corte vota, decide non sulla Costituzione ma sulle sue interpretazioni. Ciò è quanto basta per riconoscere la difficoltà che deriva dalla massima: *sulla Costituzione non si vota*.

Queste considerazioni fanno pensare a definizioni «realiste» all'americana come: le Corti costituzionali sono assemblee costituenti permanenti; oppure: le Costituzioni sono ciò che le Corti dicono che siano; la Costituzione è la Corte Suprema. Tali definizioni, che appartengono al «realismo» americano come è prospettato da famosi giudici della Corte Suprema (O.W. Holmes Jr., C.H. Hughes, F. Frankfurter), rievocano lo storico dibattito, tra Carl Schmitt e Hans Kelsen, all'origine della giustizia costituzionale in Europa. Lo sfondo culturale europeo era completamente diverso: essi ragionavano maneggiando «concetti», cioè precisamente il «materiale» che nel contesto della giurisprudenza anglosassone si considerava sospetto, illusorio, fuorviante. Tuttavia, uno dei punti allora in discussione riguardava la possibilità di una «giustizia» in materia costituzionale. In realtà, affermava Schmitt, in ogni questione di «diritto» costituzionale non si tratta semplicemente di applicare la Costituzione. Si tratta, invece, principalmente, di dirimere un contrasto che riguarda sempre il contenuto della disposizione costituzionale. Ma la determinazione del contenuto di una disposizione costituzionale, in effetti, non è giurisdizione costituzionale, bensì legislazione costituzionale. La giurisdizione costituzionale, in breve, sarebbe un sistema artificioso e contraddittorio in cui il giudice costituzionale assurge a supremo legislatore occulto, nascosto dietro forme giurisdizionali. La riprova di questi artifici e di queste contraddizioni potrebbe vedersi proprio nel fatto che, come accade in ogni assemblea parlamentare che decide di leggi, anche nei tribunali costituzionali si vota. Così, ciò che è normale e fisiologico presso un'assemblea politica diventa la spia di una condizione patologica, di una deviazione, di una mistificazione presso un collegio che si vorrebbe che avesse una natura che non può avere: la natura di chi giudica sul presupposto di norme giuridiche obiettive che deve semplicemente applicare, non creare o ri-creare.

La «messa ai voti» delle questioni costituzionali, con la possibilità che su di esse si formino maggioranze e minoranze, come nelle assemblee parlamentari, è forse il segno incancellabile di una natura – la natura politica – che non è possibile negare? Se fosse così, non dovremmo concludere che la giustizia costituzionale non è che un inganno, una dissimulazione, in una sede solo apparentemente neutrale, dello scontro politico, anzi

dello scontro politico al massimo livello, quello che ha come posta la Costituzione?

In effetti, l'accusa più pesante, infamante e delegittimante che può rivolgersi a una Corte costituzionale e ai suoi componenti, come in genere a ogni soggetto chiamato a svolgere compiti neutrali di garanzia nell'interesse di tutti, è di agire politicamente, cioè partiticamente; accusa molto più grave di quella di sbagliare nel decidere. La prova del carattere politico della decisione spesso la si cerca proprio nelle divisioni tra i giudici. Non che l'unità, al contrario, necessariamente testimoni dell'impoliticità. Si può in effetti essere tutti d'accordo nel compiere una cattiva azione, cioè, nel nostro caso, un'azione politica per mezzo di una sentenza. Ma il disaccordo è considerato di per sé un serio indizio di uno scontro tra parti, tra fazioni in lotta: in una parola, l'indice di un contrasto politico. L'opinione pubblica è orientata nello stesso modo dagli organi di informazione, abituati a considerare e a presentare la vita delle istituzioni come un unico guazzabuglio il cui amalgama è la lotta politica.

Gli organi d'informazione spesso alimentano in modo acritico e rozzo l'idea che tutto e in tutte le sedi si riduca a lotta tra partiti. Così, i posti al tavolo ovale della camera di consiglio sono dipinti come scranni attribuiti non a questo o quel giudice, ma a questo o quel partito, movimento o orientamento politico, perfino a questo o quel gruppo o compagnia di potere, di cui i singoli giudici non sarebbero altro che i rappresentanti. Non si potrebbe facilmente credere in una giustizia costituzionale siffatta. Più facile sarebbe pensare che si tratti semplicemente di un altro modo di condursi dell'eterna lotta per il potere, in una sede riservata, fuori della presa diretta dell'informazione, sottratta al controllo dell'opinione pubblica e, quindi, tanto più esposta al rischio di quelli che sono i mezzi della politica degenerata: pressioni, minacce, lusinghe, promesse e allettamenti dall'esterno, accordi sotto banco all'interno, perfino corruzione. In una parola, è facile alimentare il sospetto che il diritto costituzionale sia solo un pretesto per nascondere realtà che con la giustizia costituzionale hanno poco o nulla a che fare e che i posti al tavolo della camera di consiglio siano piuttosto dei posti che parti e partiti si contendono alla tavola della grande contesa per la spartizione del potere. Da questi sospetti non ci si difende aggrappandosi a un'idea solo tecnica delle decisioni giudiziarie, consequenziale ai pretesi caratteri formali del ragionamento giuridico, alla sua presunta oggettività o verità, nel senso della matematica o, in generale, delle scienze teoretiche. La teoria dell'interpretazione giuridica, conformemente all'esperienza di chiunque abbia anche solo un poco di pratica giudiziaria, ha da tempo fatto giustizia di questi fuorvianti modi di porre le questioni dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Nessuno crede più alla giurisprudenza, e meno che mai alla giurisprudenza costituzionale, come sviluppo logico costringente di enunciati, tenuti insieme dal principio di non contraddizione e privi di discrezionalità. Gli argomenti di questa critica sono numerosi e ben noti e non è il caso di riprenderli ora (vol. I, pp. 81 ss.). Qui si deve solo aggiungere che essi valgono nel diritto costituzionale più che in ogni altro campo del diritto. Non serve, dunque, una difesa del carattere non politico dell'attività della Corte che voglia utilizzare un argomento così screditato.

La contraddizione tra natura della Costituzione e voto a maggioranza su di essa pone una questione di legittimità (non di legalità) dell'azione

della Corte molto seria<sup>43</sup>. In effetti, il «passare ai voti» genera talora una difficoltà, anche psicologica, avvertita con chiarezza. Sulle questioni più importanti, quelle di vero diritto costituzionale – quelle, cioè, in cui è in gioco la funzione della Costituzione come strumento di unità; dove una o un'altra interpretazione si risolverebbe in una o un'altra statuizione sul contenuto della norma, nel senso dell'anzidetta «legislazione costituzionale», e dove la divisione tra i giudici potrebbe apparire l'effetto di una lotta tra parti, con la Costituzione come posta del contrasto –, si fa il possibile per non votare o, meglio, per deliberare senza che sia necessario ricorrere al voto decidente o per renderlo una semplice formalità. Ciò è possibile perché non sono previsti termini entro i quali la sentenza deve essere presa (salvo il caso del giudizio di ammissibilità delle richieste di referendum, che si inserisce in un procedimento le cui fasi sono scandite da termini legali: *infra*, pp. 374 ss.). Così sono possibili le discussioni prolungate o gli eventuali rinvii nella decisione, che sarebbero invece sacrificati da una votazione immediata a maggioranza. Molto contano la coesione tra i giudici e la condivisione del senso del proprio ruolo. L'attitudine deliberativa, in breve, è più adatta a una Corte costituzionale dell'attitudine decidente. È un'elementare constatazione della psicologia di gruppo che, in ogni collegio, la prima volta prevale l'esigenza personale dello schieramento e quindi della differenziazione, anche profonda, dell'uno dagli altri. È questione di identità e di rispetto di sé. La seconda volta prende il sopravvento, invece, l'esigenza obiettiva della composizione e della considerazione del ruolo dell'organo di cui si fa parte. Ci si dispone naturalmente a comprendere le ragioni altrui. Prima si milita, poi si coopera. Ed è buona cosa che la Corte italiana, a differenza di organi suoi omologhi in altri ordinamenti, non sia costretta a vincoli temporali di decisione e disponga della tranquillità in cui può svilupparsi la discussione necessaria.

L'*optimum* sarebbe l'unanimità. L'obiettivo realistico è la soluzione più condivisa. Quando potrebbe esserci una maggioranza di schiacciamento, ma risicata, idonea sulla carta a imporsi unilateralmente, o anche quando, indipendentemente dai numeri, si manifestino posizioni distinte sostenute da pochi giudici ma con forti argomenti, si deve preferire e si preferisce – nelle autentiche questioni di diritto costituzionale – ricercare la convergenza più ampia. Ciò comporta un lavoro, spesso assai meticoloso, sui dispositivi e sulle motivazioni, per raccogliere in unità il maggior numero possibile di ragioni costituzionali. La stesura della decisione può essere sottoposta a diversi passaggi e, alla fine, nella lettura in camera di consiglio, ciascun giudice può intervenire e, in effetti, interviene a richiedere modifiche, delle quali si tiene il massimo conto in vista del più largo consenso. Il risultato può essere, talora, che il progetto predisposto dal giudice cui è stata affidata la redazione della sentenza sia irricognoscibile nel testo finalmente approvato. I contributi individuali si stemperano così

<sup>43</sup> P. Pasquino, *Il giudice e il voto*, in «il Mulino», 5, 2003 e Id., *Introduzione*, in P. Pasquino e B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali (e le altre Corti)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 9 ss.

in un prodotto che ha la Corte come autrice (sempre che la collegialità sia presa sul serio e non si riduca a vuota e retorica parola).

L'aspirazione alla deliberazione sostenuta dal più largo consenso, preferibilmente unanime, si constata frequentemente presso gli organi di giustizia costituzionale. Per esempio, sono noti e documentati gli «sforzi eroici»<sup>44</sup> e protratti lungamente nel tempo del *Chief Justice* Earl Warren, appoggiato dal giudice Felix Frankfurter, nel caso *Brown vs. Board of Education*, per ottenere una molto difficile unanimità nella storica decisione della Corte Suprema americana del 1954 che, superando la dottrina del «separati ma uguali» proveniente dall'Ottocento, dichiarò incostituzionale la segregazione razziale nelle scuole<sup>45</sup>. L'eminente giudice della Corte Suprema del Canada Frank Iacobucci, a sua volta<sup>46</sup>, ha testimoniato dell'esigenza anche simbolica dell'unanimità, avvertita tra i giudici, nel parere espresso circa l'incostituzionalità della secessione unilaterale di una provincia canadese o dell'estradizione di una persona verso un Paese (gli Stati Uniti d'America) in cui avrebbe rischiato la pena di morte. La ragione di questa ricerca di ampio consenso è la presunzione che le decisioni largamente o unanimemente sostenute dai giudici che le hanno deliberate sono destinate a una più facile accettazione da parte del pubblico, quando non può speculare sulla divisione tra i giudici e sui loro argomenti.

Perché una decisione unanime è socialmente più forte di un'altra, assunta a maggioranza? Non certo perché conti l'opinione di qualche unità in più, perché 15 a 0 faccia differenza rispetto a 8 a 7. La decisione unanime è più forte perché la divisione proietta una luce sinistra sulla Costituzione, come terreno di scontro invece che d'incontro, e alimenta l'idea che i giudici, mancando l'accordo, si siano basati su preferenze politiche invece che sulla forza indiscutibile della norma costituzionale. Si comprende allora che il voto decidente è l'*extrema ratio*, alla quale si ricorre perché alla fine, se non è stato possibile renderlo superfluo dall'ampio consenso che si sia venuto a formare, occorre pur andare avanti in qualche modo. Ma quando si vota, rimane pur sempre un senso di amarezza anche nel caso in cui si sia partecipato alla maggioranza. I parlamenti, è stato detto<sup>47</sup>, sono simili ad arene dove ci si combatte e gli schieramenti politici sono psicologicamente strutturati come eserciti disposti sul campo. Il voto è il momento catartico, in cui si passa, attraverso una prova di forza numerica, dalla tensione alla distensione. Chi prevale può dire: ho combattuto e vinto la mia battaglia, ho fatto il mio dovere; anche chi soccombe può dire la stessa cosa: ho combattuto la mia battaglia, ho fatto il mio dovere e, così facendo, ho seminato in vista di un raccolto che forse verrà in un'occasione

<sup>44</sup> Definizione di A. Scalia, *The Dissenting Opinion*, in «Journal of Supreme Court History», 33, 1994, p. 35.

<sup>45</sup> 347 U.S. 483 (1954). Si veda B. Schwartz, *Super Chief. Earl Warren and his Supreme Court – A Judicial Biography*, New York-London, New York University Press, 1983, pp. 72-127 e dello stesso autore, in breve, *A History of the Supreme Court*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 286 ss.

<sup>46</sup> F. Iacobucci, *La Carta: venti anni dopo*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, a cura di S. Gambino, Milano, Giuffrè, 2004, p. 66.

<sup>47</sup> E. Canetti, *Massa e potere*, in *Opere. 1932-1973* (1960), Milano, Bompiani, 1972, pp. 1203 ss.

futura. In ogni caso, tutti possono dire: queste sono le regole della politica in parlamento e tanto la maggioranza quanto la minoranza, quale che sia il risultato, possono ritenere di avere degnamente onorato la parte loro assegnata. Il volto di chi esce da un'ordinaria votazione parlamentare, al termine di una discussione condotta con il dovuto *fair play*, ha dipinta la soddisfazione e la distensione, perfino se si è stati sconfitti. Presso la Corte, no. Chi col voto si afferma e chi soccombe, entrambi segnano una sconfitta per la funzione che è loro assegnata. Da una parte e dall'altra ci si deve chiedere: quanto ho mancato in capacità di persuasione nei confronti di chi non è stato dalla mia parte?

## 10. Opinioni separate?

L'assenza, nell'ordinamento della Corte costituzionale, delle «opinioni separate» è coerente con il principio di collegialità, come sopra delineato. Negli ordinamenti che, come in quello del Regno Unito o di Israele, i giudici si pronunciano uno dopo l'altro sulla *opinion* del relatore dichiarando, come si dice, *seriatim* il proprio consenso o il proprio dissenso, non esiste problema, per la ragione che non esiste una decisione del collegio come tale, ma una serie di decisioni imputabili a ciascun giudice<sup>48</sup>. La questione esiste, invece, quando la decisione è imputabile al collegio, secondo una tradizione formatasi in Francia<sup>49</sup>, alla quale il nostro ordinamento aderisce in generale. La *dissenting* e la *concurring opinion* costituiscono da tempo un tema aperto, anzi un rovello. Non si contano pubblicazioni, convegni e proposte che chiedono ripetutamente sempre la stessa cosa: la sua «introduzione»<sup>50</sup>. Sembra, con riguardo alla Corte costituzionale, che

<sup>48</sup> S. Cassese, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in «Quaderni costituzionali», 2009, pp. 973-986.

<sup>49</sup> C. Asprella, *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma, Aracne, 2012.

<sup>50</sup> In argomento, in senso favorevole, ad esempio, C. Mortati, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del «dissent» nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in Aa.Vv., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 155 ss.; V. Denti, in «Rivista di diritto processuale», 1967, pp. 499 ss.; S. Rodotà, *L'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in «Politica del diritto», 1979, pp. 637 ss.; Id., *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in Barile, Cheli e Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 509; A. Baldassarre, *L'«opinione dissenziente» e l'intervista di Amadei*, in «Democrazia e diritto», 1981, pp. 238 ss.; S.C. Panza e A. Reposo, *Le «dissenting opinions» ancora alla ribalta*, in «Quaderni costituzionali», 1981, pp. 595 ss.; P. Caretti e E. Cheli, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 1984, p. 39; A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano, Giuffrè, pp. 152 ss.; S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino Giappichelli, 1998; L. Elia, in *Intervento*, in Pasquino e Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali*, cit., pp. 129 ss.; S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente* (2012) (inedito). Perplesità, in base alla preoccupazione di non-coinvolgimento partigiano, in A. Sandulli, *La Corte e la politica*, in «Diritto e società», 1983, p. 396; L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile ed E. Cheli (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 523; W. Leisner, *La giustizia costituzionale*

viviamo in difetto. Si fa strada l'idea che, forse, il segreto della camera di consiglio e il divieto di pubblicizzare le opinioni e i voti dei giudici non sia l'implicazione di una concezione, ma sia una stortura.

Quali aspettative si ripongono nel dissenso pubblico dei giudici, formalizzato in opinioni dissenzienti (quelle che contestano il dispositivo) o concorrenti (quelle che prendono le distanze solo dalle motivazioni)? A prima vista, ne può venire solo bene. Innanzitutto, responsabilizzazione, trasparenza e, alla fine, democrazia. Poiché la radice è nel modo di deliberare delle Corti di *common law*, la parola è: *accountability* (da noi: responsabilità). In secondo luogo, le opinioni separate consentirebbero di «depurare» le motivazioni di maggioranza e di renderle più lineari, meno compromissorie, più chiare e, al tempo stesso, dovendo accettare la sfida di punti di vista diversi, più convincenti. Inoltre, esse introdurrebbero, nel decidere, elementi critici, al momento minoritari, ma destinati forse, in avvenire, a maturare e diventare maggioritari, sviluppando così una forza dinamica all'interno della giurisprudenza stessa, quasi come preannunci di nuovi orientamenti. Ancora: il dissenso motivato giuridicamente avrebbe un valore pedagogico nei confronti dell'opinione pubblica, mostrando il travaglio del giudicare, la problematicità della decisione, la complessità del mondo del diritto. Infine, non si può sottovalutare che l'impossibilità, per nove anni e oltre (il dovere di riserbo continua anche dopo il termine del mandato), di far risultare le posizioni individuali, soprattutto nelle cause di maggior rilievo e significato costituzionale, è talora avvertita come un grave sacrificio imposto alla personalità dei giudici che si ritengono più dotati di carattere. Essi con difficoltà accettano di vedere la propria posizione, per così dire, disciolta in quella collettiva della Corte, volendosi che le decisioni siano di tutti e perciò, al tempo stesso, di nessuno in particolare.

È determinante, in questa posizione, l'esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>51</sup>. Si nota che il dissenso manifestato nelle *opinions* dei giudici che non si riconoscono nell'*opinion* di maggioranza, scritta da un giudice per la Corte, non inficia affatto l'unità della giurisprudenza ma la modella in senso dinamico. Ciò è vero ed è un dato sorprendente per la nostra mentalità. Non c'è forse al mondo giurisprudenza altrettanto dialettica e ricca di sfumature, diversità e mutamenti di indirizzi, talora anche dichiarati formalmente col divieto, per l'avvenire, di richiamare precedenti superati. Eppure, l'impressione che se ne ricava è di una sola vita giurisprudenziale che si sviluppa come unità plurale. Ogni *opinion*, che confluisca in quella della maggioranza oppure si manifesti nel dissenso, è un lavoro accurato sui precedenti e un dialogo stretto tra le posizioni in campo. Sono

*in Germania, oggi*, in G. Lombardi (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli, p. 87. In generale sul problema, C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964 e, per un'ampia indagine comparativa, oltre al già citato C. Asprella, *L'opinione dissenziente*, A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, Napoli, Jovene, 2016.

<sup>51</sup> Ad esempio, P.E. Jackson, *Dissent in the Supreme Court*, Norman, University of Oklahoma Press, 1969 e, per una visione comparativa, K. Millgramm, *Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.

certo rilevanti le personalità individuali dei giudici, ma esse si manifestano, per così dire, dall'interno di una giurisprudenza che si va formando.

In Italia, l'unica possibilità di far occasionalmente trasparire il dissenso (ma non i motivi del dissenso) è consentita al giudice relatore, quando rifiuti di essere anche «redattore» della decisione. Il già ricordato art. 17, quarto comma, delle NI prevede la possibilità che la redazione delle sentenze, «per indisponibilità o per altro motivo», sia affidata dal presidente a giudici diversi dal giudice relatore della causa. Quando ciò accade, è lecito indurre l'esistenza di un dissenso. Non più di questo, però: i motivi del contrasto restano sconosciuti all'esterno. D'altro canto, non vale il reciproco: la coincidenza relatore-redattore non è indice di consenso. Quasi sempre il giudice relatore rimasto in minoranza, infatti, accetta ugualmente di stendere la motivazione della decisione, facendosi interprete delle ragioni della maggioranza. Il rifiuto è eccezionale ed è espressione di malessere determinato da patologie nella trattazione della causa: posizioni precostituite, interferenze esterne subite passivamente, rifiuto pregiudiziale del confronto dialettico, radicale inaccettabilità del *decisum* o delle motivazioni della decisione. È una rottura della collegialità, un modo di prendere le distanze dalla Corte, separando la propria responsabilità e dandone segno all'esterno; una rottura che è il sintomo di un vizio che intacca il bene ultimo di un organo come la Corte costituzionale: la disposizione deliberativa dei suoi giudici. Tuttavia, è una possibilità che si configura come un privilegio del tutto casuale. Solo chi ha avuto in sorte di essere stato scelto come relatore può avvalersene. Gli altri giudici, no. Non c'è nulla di ragionevole in ciò. Inoltre, la dissociazione del relatore dalla Corte nel suo insieme può interpretarsi come un eccezionale alleggerimento del peso della collegialità che la rende accettabile nella normalità dei casi. Se la pratica si diffonde, però, ciò significa che c'è un malessere, un virus, qualcosa che non funziona nella Corte, tra i suoi giudici.

Anche la Corte si è interrogata sulla possibilità giuridica e sulla desiderabilità di una riforma, o di un'autoriforma per l'introduzione di opinioni separate, in una delle tante forme che il diritto comparato conosce. Ma finora le ragioni dello *status quo* hanno avuto la meglio su quelle del cambiamento: ragioni di forma e di sostanza.

Per quanto riguarda la forma, quale fonte sarebbe necessaria per introdurre le opinioni separate? Legge costituzionale, legge ordinaria, autodisciplina regolamentare della Corte? Quest'ultima non sembra rispondere alla natura della questione<sup>52</sup>. Non si tratta semplicemente di regolare il funzionamento e le procedure interne dell'organo. Si è detto sopra che, secondo la vigente configurazione della collegialità, i giudici della Corte, come singoli, sono tutto nel collegio e nulla al di fuori. Perciò, le opinioni separate attribuirebbero loro uno *status* diverso da quello che è loro pro-

<sup>52</sup> In senso affermativo, invece, C. Mortati, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del «dissent» nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in Aa.Vv., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 155 ss. e G. Lombardi, *Pubblicità e segretezza nelle deliberazioni della Corte costituzionale*, in «Rivista di diritto e procedura civile», 1965, pp. 1146 ss. Nel maggio del 2002, la Corte si è riunita per affrontare formalmente il problema, fortemente sollecitata anche da una parte della dottrina favorevole alla riforma. Non ne venne nessun risultato. Anzi, le voci contrarie, interne al Collegio, soverchiarono di gran lunga quelle favorevoli, come risulta da un comunicato ufficiale del presidente (notizie e osservazioni al riguardo in S. Panizza, *Lo «status» dei giudici costituzionali*, in A. Anzon, G. Azzariti e M. Luciani (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 154 s.).

prio e la loro introduzione muterebbe la natura della loro partecipazione al collegio. Si è detto che «c'è collegialità e collegialità: c'è quella che assorbe totalmente i singoli componenti nel collegio, e c'è quella che, invece, pur facendo giocare il principio di maggioranza e, quindi, mantenendo il principio di collegialità, lascia però ai singoli giudici una possibilità di distinguersi, incentivando una loro assunzione di responsabilità»<sup>53</sup>. La questione è non solo che la «seconda collegialità» è cosa diversa dalla prima, ma anche, e soprattutto, che «la prima collegialità» è quella oggi vigente. Potrebbe la Corte stessa arrogarsi il potere di cambiare la sua stessa natura, quale risultante dalla Costituzione e dalle leggi?

Esclusa, dunque, la possibilità di affrontare la questione per via di autoregolamentazione, resta il dilemma tra la legge costituzionale e la legge ordinaria. L'art. 137 della Costituzione stabilisce che «le garanzie d'indipendenza dei giudici» sono stabilite con legge costituzionale (primo comma) e che «le altre norme necessarie per il funzionamento della Corte» sono stabilite per legge (secondo comma). Ritenendo che le opinioni separate rientrino tra quelle necessarie per il funzionamento, si potrebbe considerare sufficiente la legge ordinaria. Sennonché, l'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1953, ridisegnando il sistema delle fonti nella nostra materia, ha previsto che «le forme, i limiti e le condizioni» di esercizio delle funzioni della Corte siano regolate dalla «legge ordinaria emanata per la prima attuazione» delle norme costituzionali, cioè dalla legge n. 87 del 1953. Le opinioni separate rientrano certamente in questa materia. Ma allora il problema si sposta sulla questione se la legge n. 87 del 1953 sia una legge dal regime speciale, per la modifica della quale – come s'è detto sopra in questo capitolo – non qualunque legge ordinaria successiva possa ritenersi sufficiente. Se così fosse, occorrerebbe un fondamento costituzionale<sup>54</sup>.

Più importanti sono le domande di sostanza. Contro le opinioni separate, si fanno valere numerosi argomenti. Innanzitutto, la manifestazione pubblica delle opinioni dei giudici potrebbe alimentare il loro protagonismo, alla ricerca del consenso dei *media*, delle forze politiche, del pubblico. Dove è stata introdotta la possibilità di deliberazione dei giudici con presenza del pubblico (come per un certo periodo presso la *Suprema Corte de justicia de la Nación* in Messico), si è notato un cambiamento, come se essi si sentissero chiamati a sostenere una parte, a somiglianza di attori in teatro. Ci sarebbe una trasparenza artefatta, con copioni precostituiti. La responsabilità potrebbe trasformarsi in *captatio benevolentiae*, e ciò, ovviamente, inciderebbe sull'indipendenza dei giudici e della Corte, tanto più in un sistema, come il nostro, dove la durata del mandato è limitata nel tempo, e la tentazione, per i giudici, di prefigurarsi un avvenire per il dopo potrebbe essere, in qualche caso, assai forte. In secondo luogo, il carattere compromissorio delle motivazioni non ha la sua radice nell'assenza delle opinioni separate, ma nel carattere della Costituzione, la cui pluralità di

<sup>53</sup> Elia, *Intervento*, cit., p. 129.

<sup>54</sup> In questo senso, la proposta di legge costituzionale presentata alla Camera dei deputati il 9 luglio 1973 (art. 4) (testo in «Giurisprudenza costituzionale», 1974, p. 2852), nonché il testo elaborato dalla Commissione bicamerale, menzionata in nt. 41.



principi richiede di essere composta in decisioni che ne tengano conto. Onde, tale carattere non è di per sé un difetto, ma una caratteristica necessaria. Le opinioni individuali che possono andare ciascuna per proprio conto non incentiverebbero il lavoro della Corte orientato alla composizione in unità del materiale normativo con cui essa ha a che fare. Infine, quanto alla forza dinamica del dissenso formalmente enunciato, c'è da dubitare che questo sia un esito necessario o forse anche solo probabile. Più facilmente un'opinione minoritaria schiacciata da un voto di maggioranza avrebbe più difficoltà a rialzare la testa in un secondo momento, per la ragione che si renderebbe necessario che la Corte smentisse sé stessa in modo formale. Infine, l'opinione separata presuppone rispetto e uno spirito costruttivo nei rapporti tra i giudici, senza di che potrebbe diventare uno strumento fastidioso e pericoloso di esaltazione e autocelebrazione di singole personalità.

In sintesi: le incognite sono tante; la soluzione delle incognite, incerta; l'influenza di fattori culturali, grande; l'esemplarità delle altrui esperienze, non determinante; la prevedibilità degli effetti, minima. In questo contesto, stare a quello che abbiamo, difendere il principio di collegialità come si è strutturato finora; non prestare troppo orecchio a presunte esigenze di modernizzazione e trasparenza; difendere la Corte come collegio contro il dissolvimento a favore di singole personalità appare finora, ancora, la soluzione più prudente.

#### PARTE IV. DEFINIZIONI

### 11. Che cosa è e che cosa non è la Corte costituzionale

Descritte le regole che presiedono alla composizione, all'organizzazione e al modo di procedere della Corte, ci si potrebbe fermare qui, se non fosse naturale interrogarsi in generale sul loro significato complessivo. Lo scopo è prima di tutto conoscitivo e classificatorio ma, poiché la consapevolezza orienta l'azione, non è escluso che da certe definizioni possano derivare conseguenze di tipo normativo, cioè pratico. In ogni caso, una definizione in luogo di un'altra comporta certamente differenze circa l'approccio psicologico (che sempre conta molto, pur se non è semplice ammetterlo) ai singoli problemi della giustizia costituzionale.

a) La diversa provenienza dei giudici (presidenziale, parlamentare e giudiziaria) pone la prima questione: se la Corte possa definirsi *organo misto*. Se con questa formula si vuol dire organo i cui componenti appartengono a classi distinte per *status*, poteri e ruolo da svolgere all'interno del collegio in conseguenza e in funzione della loro provenienza, la risposta è certamente negativa. Naturalmente, essi sono portatori di esperienze, visioni del diritto e del significato della giurisdizione che vengono dalla loro vita professionale pregressa. Ma questo non vuol dire differenziazione in «classi» o «professioni» giuridiche. Da questo punto di vista, la Corte è un collegio omogeneo di quindici giudici, non la somma di tre diversi collegi parziali di cinque giudici. Se, invece, si vuol dire che l'organo è misto in quanto

la fonte di nomina ed elezione dei suoi membri non è unica, ma tripartita, questo è certamente vero. D'altronde, tale carattere assume un rilievo anche formale nella regola che impone alla Corte di operare con l'intervento di almeno undici giudici. Ciò, come s'è detto sopra, vale al fine di assicurare la presenza di almeno un giudice di ognuna «componente». È da notare che questa «garanzia di presenza» riguarda le fonti di nomina ed elezione, non le caratteristiche professionali dei giudici. Essa non assicura che siano comunque rappresentate le tre professioni giuridiche tra le quali i giudici devono essere scelti. Anche se di fatto si crea un certo equilibrio, spesso in conseguenza di atteggiamenti che potrebbero dirsi corporativi, nessuna garanzia di posti esiste a favore dei giudici, dei professori, degli avvocati.

b) Altra questione è se la Corte possa dirsi *organo rappresentativo*. La risposta non può che essere negativa se la domanda allude a una rappresentatività da parte dei giudici costituzionali di chi li ha nominati o eletti. Tra i secondi e i primi non esiste nessun rapporto di mandato, esplicito o implicito che sia. L'assoluta insindacabilità e la totale irresponsabilità per i voti dati e le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni, il divieto di un secondo mandato, il divieto di svolgere attività inerente ad associazioni o partiti politici, la riserva di ogni provvedimento sullo *status* dei giudici alla Corte, le eventuali dimissioni da presentarsi non a chi li ha nominati o eletti ma «alla Corte» la quale, sola, è abilitata ad accettarle (o a respingerle) (art. 17 *Reg. gen.*)<sup>55</sup>: questi sono tutti elementi che esprimono l'intento di tagliare il cordone ombelicale con coloro dai quali deriva la nomina o l'elezione. Il giudice eletto o nominato non è portatore di alcun debito di riconoscenza (si è detto, anzi, che per mostrare la sua assoluta indipendenza, il giudice fin da subito deve dargli qualche piccolo o grande dispiacere come prova non d'ingratitude, ma d'indipendenza). Per questo, il giudice che si sentisse legato, come un rappresentante corporativo o d'interessi specifici, agli ambienti e agli interessi cui deve il suo ingresso alla Corte e agisse di conseguenza, violerebbe il suo primo dovere di *status*.

c) Eppure, la natura composita della Corte, qualcosa pur significa. Che cosa? Non rappresentanza, ma *rappresentazione*. Essa è come la proiezione istituzionale di una certa concezione della Costituzione e, quindi, della funzione della sua garanzia. L'organo chiamato ad agire nell'esercizio di questa funzione di garanzia non può non essere il riflesso di ciò che ha da essere garantito. La provenienza dei giudici dal presidente della Repubblica, dal Parlamento, dalle magistrature supreme, significa qualcosa: un qualcosa che è la *ratio* stessa della composizione. A sua volta, la stessa cosa è per quanto riguarda le professioni giuridiche dalle quali devono trarsi le persone da nominare ed eleggere. Si può dire come segue.

Dal punto di vista attivo – a chi spetta la scelta dei giudici –, l'elezione da parte delle supreme magistrature esprime la visione *giudiziarica* della ga-

<sup>55</sup> Su questo punto, si segnala l'episodio, mai completamente chiarito, delle dimissioni del primo presidente della Corte Enrico De Nicola, polemicamente presentate al presidente della Repubblica che lo aveva nominato.

ranza costituzionale; l'elezione da parte del Parlamento, la visione *politica*; la nomina presidenziale, la visione *istituzionale* della garanzia costituzionale. Anche se all'origine delle scelte costituenti su questo aspetto strutturale della Corte vi sono state ragioni molto più contingenti (non scontentare, diffidare, neutralizzare), si possono vedere qui riflesse le tre grandi concezioni della giustizia costituzionale, come funzione, per l'appunto, giudiziaria (la Costituzione come documento giuridico), politica (la Costituzione come testimonianza d'equilibri politici) e istituzionale (la Costituzione come patto d'unità al di sopra delle divisioni politiche). Dal punto di vista passivo – su chi deve cadere la scelta –, vale un'altra idea di rappresentazione. Le specializzazioni professionali dei vari tipi di giuristi che compongono la Corte esprimono tre diverse comprensioni della funzione del diritto: la professione forense è l'espressione della giustizia del caso; la professione giudiziaria, dell'unità sistematica dell'ordinamento; la professione accademica, delle radici culturali del diritto. Dagli anzidetti, specifici punti di vista, si può trarre questa idea: che i giudici della Corte rappresentano, a seconda della loro provenienza e della loro specializzazione giuridica, differenti visioni della giustizia costituzionale: casistica, sistematica e culturale. Esse devono trovare una sintesi nell'unità della deliberazione e nella collegialità del metodo di lavoro. Naturalmente, questa «rappresentazione» non è qualcosa di astratto; non è un risultato garantito *a priori*. Dipende innanzitutto dalle scelte fatte dai titolari del potere di nomina e di elezione: è di costoro, nell'esercizio del potere di scelta, il compito delicato di dare una «rappresentazione» di quelle plurime concezioni della giustizia costituzionale. Dipende poi dalla consapevolezza che i giuristi entrati a far parte della Corte hanno circa il valore della loro specifica esperienza nel mondo del diritto.

Ecco, dunque, una possibile concezione unitaria di un organo risultante da plurime «componenti»<sup>56</sup>.

In base a quanto detto, possono formularsi alcune considerazioni sui criteri seguiti nella nomina e nell'elezione dei giudici costituzionali. Circa l'elezione della componente giudiziaria, si può notare la tendenza delle «supreme magistrature» a operare scelte al proprio interno, sebbene l'art. 135, primo e secondo comma, Cost., consenta, in tutti i casi, di spaziare tra le tre categorie di eleggibili. È una tendenza comprensibile, anche se può facilmente degenerare in una logica di sistemazione di posti al vertice della struttura giudiziaria che nulla ha a che vedere con la *ratio* dell'elezione alla Corte. Anche al fine di evitare questa distorsione, si è proposto in passato l'allargamento del corpo elettorale all'insieme della magistratura per coinvolgere tutti i soggetti che sono partecipi della stessa funzione costituzionale, pur lasciando fermo, sul lato passivo, il requisito attualmente previsto, l'appartenenza alle «supreme» magistrature<sup>57</sup>. A sua volta, è nella logica del

<sup>56</sup> La più diffusa, ma insostenibile tesi della composizione mista come proiezione della tripartizione dei poteri, è esaminata criticamente da Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 147.

<sup>57</sup> Proposta presentata da deputati del Partito socialista italiano il 9 luglio 1973 (e poi ritirata) (in «Giurisprudenza costituzionale», 1974, pp. 2852 ss., illustrata in G. Amato e F. Bassanini, *La Corte costituzionale: un istituto da riformare*, in «Politica del diritto», 1972, pp. 810 ss.). Tale proposta prevedeva inoltre l'abolizione del giudice espresso dai magistrati della Corte dei conti, in quanto organo prevalentemente di controllo contabile

sistema che la scelta dei giudici della componente parlamentare avvenga tra giuristi con caratterizzazione politica e anche con un passato di militanza politica attiva<sup>58</sup>. Anzi, sembrerebbe da escludersi la correttezza di scelte da parte del Parlamento nell'ambito giudiziario (scelte che, peraltro, non sono vietate): il rischio (non del tutto privo di riscontri concreti) è che si alimentino speranze al fine di promuovere comportamenti giudiziari favorevoli o, ancor peggio, che i poteri giudiziari siano strumentalizzati al fine di indurre gli uomini del Parlamento a certe scelte, assunte sotto il peso di una minaccia. La nomina della componente presidenziale, infine, deve spaziare senza limitazioni e, conformemente alla sua natura politica ma *super partes*, deve valere a colmare le carenze di rappresentatività della Corte, a equilibrare i pesi delle diverse componenti politico-culturali, ad assicurare che la Corte e la giustizia costituzionale siano «un deposito storico di valori che hanno sede nel profondo della coscienza collettiva»<sup>59</sup>.

Naturalmente, la Corte costituzionale è anche un *gruppo* di giuristi. Che sia anche una «comunità» di giuristi dipende da due condizioni, una oggettiva e l'altra soggettiva: dalla condizione del diritto come scienza e dalla condizione dei giudici come giuristi. Le rivalità e l'intolleranza, le divisioni, il soggettivismo e l'inconcludenza della scienza giuridica come tale, nonché la propensione dei giuristi a usare del diritto per fini strumentali<sup>60</sup>, sono tante ragioni che portano alla disarticolazione del discorso giuridico e di qualunque consesso chiamato a esprimersi attraverso i contenuti e le forme del diritto. Quello che la Corte è – una somma di individui ciascuno dei quali usa unilateralmente il «suo» diritto, oppure una comunità, per quanto differenziata, di giuristi – dipende in fondo dallo stato della scienza giuridica e dalla capacità dei giudici di essere giuristi, ciò che è il requisito primo della loro presenza nell'organo di giustizia costituzionale.

d) Nel tempo che è il nostro, il tempo in cui il principio legittimante d'ogni organizzazione politica è la democrazia, ci si è interrogati sul se

e non giurisdizionale. Si prospettava, inoltre, l'opportunità dell'introduzione di giudici «rappresentativi» delle Regioni ed eletti dai loro Consigli, ciò che avrebbe dovuto comportare una modificazione della logica tripartita seguita dal legislatore costituzionale (uno spunto a favore di questa nuova componente già in G. Guarino, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia regionale*, in «Rassegna di diritto pubblico», 1964, p. 599).

<sup>58</sup> Che la colorazione politica non sia di per sé in contraddizione con le esigenze della giustizia costituzionale è dimostrato dall'esempio del *Conseil constitutionnel* francese. I commentatori italiani, soprattutto sulla base di questo dato, continuano a propendere per un'interpretazione «politica» del controllo di costituzionalità in Francia, ciò che viceversa è contestato dagli studiosi più vicini a quell'esperienza: si veda per tutti M. Waline, *Préface de la première édition* di L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2011, XVI éd., pp. XI ss.; L. Favoreu, in Favoreu e Jolowicz, *Le contrôle juridictionnel des lois – Légitimité, effectivité et développements récents*, cit., pp. 57 ss.; Id., *Rapport introductif a La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, in «Revue de droit international et de droit comparé», 1981, p. 259 («toute (jurisdiction constitutionnelle [...] a un caractère politique. Sinon, ce n'est pas une véritable juridiction constitutionnelle»); F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Aix-Marseille-Paris, Economica, 1980.

<sup>59</sup> L. Elia, *Relazione*, in Occhicupo (a cura di), *Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 168.

<sup>60</sup> G. Zagrebelsky, *I costituzionalisti*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2012, pp. 3291 ss.

e sul come la Corte e la sua funzione possano trovare una *giustificazione democratica*.

Per rispondere, occorre una distinzione preliminare: una cosa è l'investitura e un'altra la funzione<sup>61</sup>. Dal punto di vista dell'investitura, la Corte non è un consesso espressione di democrazia: non di democrazia diretta, ma nemmeno di democrazia rappresentativa. S'è detto sopra che si può parlare di «rappresentazione», e che tale rappresentazione riguarda una concezione della Costituzione e non l'interpretazione di oscillanti e contingenti orientamenti dei cittadini, e nemmeno della loro maggioranza. Dal punto di vista della funzione, invece, si può ammettere che, come vi possono essere organi formati democraticamente che agiscono in modo a- o anti-democratico, così vi possono essere organi formati non democraticamente che svolgono funzioni importanti per la democrazia. È il caso della legittimazione democratica «da funzione»<sup>62</sup>. Tali sono, nella democrazia liberale, i giudici indipendenti in generale, e i tribunali costituzionali in particolare<sup>63</sup>. Alla Corte spetta far valere il limite costituzionale nei confronti della democrazia maggioritaria pura che può degenerare in regime tirannico, cioè antidemocratico. Può, dunque, ritenersi che la Corte costituzionale sia un istituto incompatibile con la democrazia solo se quest'ultima viene intesa, come si suole dire, secondo la concezione giacobina, cioè come onnipotenza dell'assemblea legislativa e della maggioranza che la domina. Al contrario, essa è, invece, amica della democrazia liberale e pluralista.

La questione è discussa nella Germania federale, in riferimento a un principio generale per il quale nessuna competenza autoritativa può essere attribuita a organi non legittimati democraticamente, secondo la loro investitura. L'estensione degli argomenti discussi in quella sede al nostro Paese sembra possibile solo in misura assai ridotta. In Italia, alla stregua dell'art. 1 Cost. (democrazia sì, ma «nelle forme e nei limiti della Costituzione»), l'anzidetto principio generale dovrebbe circoscriversi così: nessun potere politicamente libero è possibile senza investitura democratica dell'organo. La Corte non dispone, evidentemente, di un potere di tal genere. Inoltre, il modo di formazione del Tribunale costituzionale tedesco è

<sup>61</sup> N. Occhiocupo, *La Corte costituzionale come giudice della «opportunità» delle leggi*, in Id. (a cura di), *Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., pp. 61 ss.

<sup>62</sup> F. Modugno, *La Corte costituzionale oggi*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, in onore di Vezio Crisafulli, vol. I: *Sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, p. 571 nt. 69; L. Elia, in Aa.Vv., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988, pp. 217 ss.

<sup>63</sup> In vario senso, V. Crisafulli, *La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958, vol. III, pp. 275 ss., Id., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in Occhiocupo (a cura di), *Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., pp. 72 ss.; Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, cit., pp. 131 ss.; P. Barile, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1957, pp. 909 ss.; F. Modugno, *L'invalidità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I, pp. 180 ss.; Id., *La giurisdizione costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1978, p. 1254; Id., *La Corte costituzionale oggi*, cit., p. 570, nt. 69; A. Pizzorusso, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 147; G. D'Orazio, «Legittimazione democratica» e Corte costituzionale: superamento di una «classica» pregiudiziale, in «Civitas», 1988, maggio-giugno, 1988, pp. 31 ss.

profondamente e qualitativamente diverso da quello vigente in Italia: secondo i §§ 6-19 della *Legge sul tribunale costituzionale federale*, i giudici sono eletti dal *Bundestag* e dal *Bundesrat*, a seguito di procedure complesse di schietto carattere politico (presso il *Bundestag*, una commissione parlamentare espressa dal *plenum* individua i possibili eligendi; presso il *Bundesrat*, il voto non è preceduto da un dibattito in sede parlamentare, ma da trattative in uno speciale comitato di ministri della giustizia dei *Länder*); esistono vere e proprie liste di candidati proposte dai gruppi parlamentari, dal governo federale e dai *Länder*; l'atto formale di nomina di tutti i giudici è del presidente federale<sup>64</sup>. L'insieme di queste procedure porta a una sottolineatura del carattere politico e in qualche modo rappresentativo, dal punto di vista democratico, dell'intero organo.

e) Argomento polemico per eccellenza, usato quando serve per colpire la Corte costituzionale, è il suo presunto *carattere politico*. Ovvio è che una cosa sono le considerazioni di principio su ciò ch'essa deve essere, secondo lo spirito dell'istituzione; altra cosa possono essere le considerazioni volta a volta riferite a questa o quella decisione, per come esse si manifestano *de facto*. Dal primo punto di vista – l'unico che interessa in un discorso generale che si riferisce, per l'appunto, allo spirito che deve animare l'istituzione –, si può parlare, usando un gioco di parole, di Corte *in-politica*<sup>65</sup>: «nella politica», in quanto le sue decisioni incidono sulle più importanti vicende e nelle maggiori tensioni della vita politica; «non politica», perché il suo intervento non è mosso dal coinvolgimento in tali vicende e in tali tensioni come uno dei tanti soggetti portatori di interessi di parte. Le ragioni della Corte stanno nella difesa della politica intesa in altro senso: come tenuta del quadro d'insieme della vita della *polis*, cioè della Costituzione, anch'essa, a sua volta e in questo senso, documento *politico* per antonomasia.

copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna

<sup>64</sup> Al riguardo K. Kröger, *Richterwahl*, in Aa.Vv., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundeiverfassungsgerichts*, Tübingen, 1976, vol. I, pp. 78 s. e letteratura ivi citata; W.K. Geck, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1986 e, dello stesso autore, *Nombramiento y «Status» de los magistrados del Tribunal constitucional federal de Alemania*, in «Revista española de Derecho Constitucional», 1988, pp. 175 ss.

<sup>65</sup> Più ampiamente, G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, pp. 303 ss.



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna





### 1. Gli atti oggetto del controllo di legittimità costituzionale

La determinazione della sfera di competenza della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi (ove per *legge* si intenda per ora una nozione solo orientativa) presenta difficoltà.

*Limitazione del controllo di costituzionalità alle fonti primarie.* Il riferimento dell'art. 134 della Costituzione alle leggi e agli atti aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni esprime l'intento di circoscrivere l'ambito di competenza della Corte alle sole *fonti primarie*: oltre alla legge dello Stato (nel senso tecnico e formale degli artt. 70 ss. della Costituzione) e alle leggi regionali, il decreto legislativo delegato previsto dall'art. 76 e il decreto-legge previsto dall'art. 77, ai quali è espressamente conferita efficacia (o forza o valore, come la Costituzione si esprime senza differenze) di legge.

Tra le fonti primarie devono annoverarsi tutte le leggi, anche se adottate con procedimenti speciali (artt. 8, 79 e 81 Cost., quest'ultimo come modificato dalla l. cost. n. 1 del 2012), gli statuti delle Regioni ordinarie (art. 123 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 1 del 1999) e le norme di attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale (adottati con decreto legislativo, in base a speciali procedure previste dagli statuti medesimi).

*Rilevanza della sola forma dell'atto.* Ai fini della sottoponibilità al controllo della Corte costituzionale, assume rilievo l'*aspetto formale*, cioè il tipo di fonte, caratterizzato dall'organo, dal procedimento e dall'atto conclusivo, indipendentemente da ogni distinzione che possa farsi in riferimento al contenuto. Per questo, rientrano nella competenza della Corte costituzionale gli atti sopra indicati, quando contengano non solo leggi in senso materiale o norme generali e astratte, ma altresì provvedimenti individuali e concreti (si pensi, ad esempio, allo scrutinio di legittimità costituzionale sulle c.d. leggi-provvedimento: su cui, vol. I, p. 216) o re-

gole meramente organizzative, ovvero ancora esprimano autorizzazioni o valutazioni di controllo nei confronti di altri organi o soggetti costituzionali (sent. n. 60 del 1957). Una limitazione all'ingresso presso la Corte di questioni di costituzionalità su leggi siffatte potrebbe in effetti esistere; non però in conseguenza della loro estraneità alla competenza della Corte costituzionale, ma in conseguenza della loro normale estraneità al raggio di azione dei procedimenti di instaurazione del giudizio costituzionale, ammessi nel vigente sistema di controllo di costituzionalità delle leggi. Si tratta del tema noto in dottrina come quello delle c.d. «zone franche» (o, in termini più ampi, «zone d'ombra»)<sup>1</sup> nel giudizio sulle leggi: atti che, spesso, non trovano applicazione di fronte ai giudici, cui spetta sollevare le questioni di costituzionalità a essi relative. La Corte costituzionale, però, come si vedrà in seguito, mostra oggi una tendenza ad ampliare l'ambito del proprio sindacato, da un lato, allentando le maglie rigide dell'accesso al suo controllo; dall'altro, sollecitando su tali atti il suo intervento attraverso il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

## 2. L'insindacabilità dei regolamenti del potere esecutivo

Anche rispetto agli atti che, in forza del principio di legalità, sono subordinati alle fonti primarie (regolamenti, atti amministrativi e giurisdizionali) si pone certamente l'esigenza di conformità alla Costituzione. Ma tale esigenza è soddisfatta per vie diverse, che non richiedono l'intervento della Corte costituzionale.

La limitazione del controllo di costituzionalità presso la Corte alle sole fonti primarie si comprende alla luce del principio di legalità, quale necessario fondamento legislativo degli atti del potere esecutivo e del potere giudiziario. Tali atti possono essere in contrasto con la Costituzione, ma la loro incostituzionalità è mediata dalla legge su cui si fondano. Sicché, se i regolamenti, gli atti amministrativi e le sentenze sono incostituzionali, le possibilità sono due: o *a*) essi sono conformi alla legge, allora la legge stessa sarà incostituzionale; oppure *b*) essi contrastano con la legge, e questa è conforme alla Costituzione, allora il loro vizio sarà, prima di tutto, di illegittimità semplice. Nel primo caso, ancor prima che all'eliminazione dell'atto non legislativo, occorrerà provvedere all'eliminazione della legge incostituzionale; dopo di che verrà meno anche l'atto che su quella si basava. Nel secondo caso, è sufficiente il raffronto con la legge per giungere all'annullamento dell'atto che l'ha violata (sent. n. 427 del 2000; più recentemente, sent. n. 156 del 2013, n. 81 del 2016, n. 130 del 2016 e ord. n. 254 del 2016, con riferimento ai regolamenti adottati in sede di delegificazione). Perciò, solo nel primo caso si coinvolge la competenza

<sup>1</sup> A. Pizzorusso, «Zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale italiana, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di Antonio D'Atena, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1021 ss. (scritto che prende spunto dai lavori dei seminari organizzati dall'Associazione Gruppo di Pisa e pubblicati in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino, Giappichelli, 2007).

della Corte costituzionale, ma in riferimento alla legge; mentre nel secondo caso saranno da utilizzare gli ordinari rimedi non costituzionali previsti per far fronte all'illegittimità degli atti sottoposti alla legge (annullamento o disapplicazione dei regolamenti e degli atti amministrativi, rispettivamente presso i giudici amministrativi e i giudici ordinari; annullamento delle sentenze per falsa applicazione di legge nei diversi gradi del giudizio).

Questa ricostruzione delle reciproche relazioni tra gli atti menzionati<sup>2</sup> può valere a inquadrare anche i rapporti tra leggi meramente attributive di competenza regolamentare e i regolamenti medesimi (e la stessa cosa può ripetersi per gli atti amministrativi e giurisdizionali), quando cioè le prime non determinano previamente i criteri sostanziali di esercizio di tale competenza (è il caso dei regolamenti meramente autorizzati o delegati). Poiché la legge, essendo essa stessa subordinata alla Costituzione, non può autorizzare il regolamento a disporre contro la Costituzione, il conferimento di competenza alla fonte regolamentare deve comunque intendersi sotto condizione del rispetto della Costituzione stessa. Le sue norme valgono perciò a condizionare la validità delle norme sublegislative e possono essere direttamente utilizzate dai giudici (ordinari e amministrativi) per disapplicare o annullare queste ultime.

In conclusione, gli atti secondari in contrasto con la Costituzione possono essere immediatamente invalidati dall'autorità giudiziaria comune sotto il profilo della loro illegittimità (nelle diverse forme in cui tale vizio può presentarsi). Solo quando si possa ritenere che la legge autorizzi il regolamento a disporre contro la Costituzione, occorrerà previamente procedere all'eliminazione della legge che abbia preteso di consentire ciò che non le è dato consentire e, a questo fine, si potrà (e dovrà) attivare il giudizio di costituzionalità sulla legge stessa.

### **3. L'individuazione in concreto degli atti aventi forza di legge: i decreti legislativi delegati**

In linea di principio, dunque, gli atti privi di forza di legge sono esclusi dalla competenza della Corte costituzionale. Questo è chiaro in astratto. In concreto, tuttavia, la distinzione tra atti con e atti senza forza di legge può risultare problematica quando si tratti di atti del governo, titolare sia della potestà normativa primaria sia della potestà normativa secondaria (regolamenti).

Soprattutto in passato, si è discusso della distinzione tra i decreti legislativi delegati e i regolamenti dell'esecutivo. La difficoltà derivava dall'assenza, nel nostro ordinamento, di una figura «formale» di regolamento, rigorosamente predeterminata. L'unica forma rigida, prevista dalla Costituzione (art. 87) per i regolamenti governativi, è la loro emanazione

<sup>2</sup> Su cui H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in «Revue de droit publique et science politique», 1928; trad. it. *La garanzia costituzionale della costituzione [La giustizia costituzionale]*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 156 ss.

da parte del presidente della Repubblica. Per il resto, la disciplina generale della potestà regolamentare, essendo contenuta in un atto legislativo (nella l. n. 100 del 31 gennaio 1926, prima; nella l. n. 400 del 23 agosto 1988, ora), era ed è derogabile da leggi successive, idonee a mutarne, in tutto o in parte, la procedura di formazione. Tale derogabilità rende la norma sulla produzione non idonea a dire, in maniera definitiva, che cosa un regolamento effettivamente sia, dal punto di vista formale. La previsione, tuttavia, nella legge n. 400 del 1988 dell'obbligo di denominazione sia per i regolamenti (denominazione contenuta all'interno dell'atto) sia per i decreti legislativi delegati, sembrerebbe oggi rendere meno incerta la distinzione, e presupporre comunque che essa dipenda da fattori di natura formale (quali appunto la presenza di un determinato *nomen iuris*) piuttosto che da fattori di natura sostanziale.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988, la giurisprudenza costituzionale affrontava il problema della separazione tra atti legislativi e non legislativi attraverso criteri «presuntivi» (sent. n. 488 del 1987). L'orientamento era eclettico, basato su valutazioni o test alla stregua di elementi diversi, tra i quali non era possibile stabilire una gerarchia. In alcuni casi si fece riferimento alla qualificazione a opera della legge (di delegazione o di autorizzazione) dell'atto fondato sulla legge medesima (sent. n. 118 del 1968), ritenendosi di scarso rilievo l'autoqualificazione dell'atto, poiché avrebbe potuto accadere che il governo intendesse, attraverso una dichiarazione formale della natura secondaria dell'atto, sottrarsi al controllo della Corte costituzionale e adottare norme poi successivamente modificabili a opera di altre fonti secondarie. In altri casi, si attribuì rilievo alla forma di adozione ed emanazione dell'atto (sent. nn. 47 del 1957; 22 e 52 del 1958; 20 del 1960; 15, 38 e 50 del 1961; 49 del 1962; 71 del 1981; 51 del 1984; 167 del 1986). Ma, in altri casi ancora, le caratteristiche formali non furono considerate sufficienti e si ritenne di dover integrare o sovrapporre con valutazioni che si potrebbero dire sostanziali: *a*) in un senso o nell'altro, il fatto che l'atto normativo fosse o non fosse idoneo a integrare norme legislative, eliminandone le contraddizioni (sent. nn. 16 del 1957; 24 e 51 del 1962, riguardanti i testi unici; n. 54 del 1951, ove si diede rilievo al carattere solo compilativo del testo unico, negandone la forza di legge); *b*) l'esistenza di una finalità solo tecnica, amministrativa o puramente «accertativa di una situazione di fatto» (sent. nn. 103 del 1957; 4 del 1958; 15 del 1959); *c*) la facoltà attribuita dalla legge all'atto del governo di «rivedere le norme legislative esistenti» (sent. n. 239 del 1984; ma dalla sent. n. 51 del 1984, la forza di legge è negata per motivi formali, pur riconoscendosi al regolamento «carattere senza dubbio integrativo della legge»), oppure, al contrario, *d*) l'autorizzazione a modificare soltanto norme regolamentari previgenti (sent. n. 71 del 1981).

Si può dire, quindi, che normalmente prevalsero criteri di natura formale, ma che non infrequentemente assumevano rilievo anche considerazioni attinenti alla sostanza normativa dell'atto, avvicinando le soluzioni offerte dalla Corte a quella concezione della forza di legge – sulla quale si tornerà tra poco – che rinvia alla primarietà dell'atto come svolgimento effettivo di una funzione normativa immediatamente soggetta alla Costituzione, senza intermediazioni legislative, a prescindere dalla classificazione formale dell'atto stesso.

Una conferma della prevalenza dell'elemento formale per l'identificazione concreta della natura degli atti del governo si trova in più recenti decisioni (ord. n. 100 del 2000, ma anche sent. n. 130 del 2016, in materia

di identificazione delle forme di delegificazione), ove la natura dell'atto impugnato emerge dalla denominazione riportata nell'atto in questione, adottato nelle forme dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988, dalle premesse contenute nello stesso, e dal tenore della legge sulla cui base l'atto è stato emanato.

Dove un atteggiamento più svincolato da remore di ordine formale sarebbe stato necessario, è in relazione ad atti normativi provenienti dall'ordinamento anteriore all'attuale e non facilmente riconducibili ai vigenti rapporti tra legge e regolamento, caratterizzati dalla natura «monista» della nostra forma di governo parlamentare. Il riferimento è ai regolamenti «di prerogativa regia» che, sotto lo Statuto albertino, erano emanati dal re in forza di una sua potestà normativa riservata, cioè nell'ambito del principio «dualista» tipico dei regimi monarchici costituzionali dell'Ottocento. In quelle ipotesi, è chiaro che il *nomen iuris* dell'atto e le sue forme di emanazione non dovrebbero assumere rilievo, trattandosi di aspetti formali non confrontabili con i caratteri dell'attuale disciplina dei rapporti tra fonti primarie e secondarie. Ma anche in questi casi, invece, la Corte non ha ritenuto di attenersi a un realistico criterio contenutistico e, a parte un caso (sent. n. 101 del 1967), ha trascurato gli argomenti che sarebbero stati da trarre dall'efficacia in concreto di tipo primario che tali atti esplicavano nel sistema delle fonti (sent. nn. 94 del 1964; 66 del 1966; 72 del 1968; 12 del 1977)<sup>3</sup>.

*Il rapporto con la legge di delegazione.* Secondo un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale, la sindacabilità del decreto legislativo delegato implica il suo confronto con la legge di delegazione. L'art. 76 della Costituzione, infatti, autorizza lo spostamento dell'esercizio della funzione legislativa, ma entro i limiti stabiliti dalla legge di delegazione, la cui violazione ridonda in violazione della stessa disposizione costituzionale. La legge di delegazione entra, dunque, in funzione di «norma interposta», nel sindacato sulla legittimità costituzionale del decreto legislativo (vol. I, p. 240). Per costante giurisprudenza costituzionale (di recente, sent. nn. 84 e 104 del 2017), l'identificazione del contenuto della delega (e, dunque, la conformità del decreto legislativo alla sua diretta fonte sulla produzione) deve tener conto, non solo del dato testuale, ma anche «di una lettura sistematica delle disposizioni che la prevedono, anche alla luce del contesto normativo nel quale essa si inserisce, nonché della *ratio* e delle finalità che l'ispirano (tra le molte, sent. n. 250 del 2016, n. 210 del 2015, n. 229 del 2014)» (sent. n. 104 del 2017). Solo entro questa cornice unitaria può ritenersi legittimamente esercitata la discrezionalità del legislatore delegato (cfr. anche sent. n. 278 del 2016).

► *Esempi.* Nella già citata sentenza n. 104 del 2017, la Corte costituzionale ha dichiarato la fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, tra l'altro, per violazione dell'art. 76 Cost., di alcune disposizioni del decreto legislativo n. 49 del 2012, emanato in attuazione della legge n. 240 del 2010 (Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al governo per incentivare la qualità e l'efficienza

<sup>3</sup> In argomento, G. Amato, *Regolamenti anteriori con forza di legge*, in «Democrazia e diritto», 1968, p. 588.

del sistema universitario), per «vizio dell'esercizio del potere legislativo delegato»: le disposizioni censurate, infatti, si limitavano a riprodurre i contenuti della delega, demandando per intero a futuri decreti ministeriali la determinazione e la specificazione di quegli stessi contenuti (così, tra l'altro, aggirando la ripartizione dell'esercizio della funzione legislativa di cui alla disposizione costituzionale). È stata, invece, dichiarata la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento al decreto legislativo n. 235 del 2012, noto come «legge Severino», in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, sulla base di considerazioni di carattere non solo testuale, ma anche logico-sistematico.

#### 4. La sindacabilità del decreto-legge

I problemi che la sindacabilità costituzionale dei decreti-legge ha incontrato non sono derivati (come, invece, si è visto per i decreti legislativi delegati) da difficoltà circa la loro distinzione dagli altri atti emanati dal governo. Le difficoltà sono derivate, piuttosto, da ragioni attinenti al procedimento, nonché al controllo sui presupposti costituzionali della straordinarietà dei casi di necessità e urgenza, che ne giustificano l'adozione<sup>4</sup>.

*I modi e i tempi di impugnazione del decreto-legge.* La natura provvisoria dei decreti-legge – destinati a decadere sin dall'inizio nel caso di mancata conversione in legge entro sessanta giorni dall'entrata in vigore, o comunque a non trovare più applicazione, in quanto tali, in caso di conversione – a lungo ha vanificato il controllo della Corte costituzionale, riducendolo a una mera previsione in astratto: nell'ipotesi di mancata conversione in legge, la decadenza avrebbe comportato il venir meno dell'oggetto di un'eventuale questione di costituzionalità; nell'ipotesi di conversione, gli eventuali vizi del decreto del governo sarebbero stati superati dalla legge di conversione.

*Orientamenti giurisprudenziali sull'efficacia sanante della legge di conversione in assenza dei presupposti costituzionali.* Su tali premesse si è fondato un primo orientamento della Corte costituzionale che attribuiva efficacia sanante alla legge di conversione. La possibilità di sindacare la sussistenza dei presupposti costituzionali della decretazione d'urgenza era esclusa quando le Camere avessero approvato la conversione in legge, configurandosi questa come «novazione» della fonte (sent. nn. 108 del 1986; 243 del 1987; 263 del 1994; 419 del 2000; 376 del 2001 e 16 del 2002).

Un secondo orientamento – che inizialmente ha convissuto con quello sopra esposto, ma che poi è prevalso nella giurisprudenza più recente (sent. n. 171 del 2007) – al contrario esclude effetti sananti alla legge di

<sup>4</sup> In argomento, A. Celotto, *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1997, pp. 413 ss.; A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, Eum, 2006, e più recentemente D. Chinni, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 151 ss.

conversione: la «evidente mancanza» dei presupposti costituzionali di necessità e urgenza «configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione» (così a partire dalla sent. n. 29 del 1995; poi, nello stesso senso, consolidando l'orientamento, sent. n. 341 del 2003; n. 6, n. 178, n. 196, n. 285 e n. 299 del 2004; n. 2, n. 62 e n. 272 del 2005; n. 171 del 2007; n. 128 del 2008; n. 355 del 2010). Il controllo della Corte sui presupposti costituzionali si pone, però, su un piano diverso da quello esercitato dal Parlamento con la legge di conversione, avendo il compito – il primo, e non necessariamente il secondo – di «preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto» (sent. n. 171 del 2007). Pertanto, il fatto che il decreto-legge sia stato convertito in legge non esclude l'intervento della Corte, a garanzia di quell'assetto delle fonti normative.

*La «evidente» mancanza dei presupposti.* La giurisprudenza della Corte è ferma nel ritenere che la mancanza dei presupposti costituzionali, per essere oggetto di sindacato costituzionale, in quanto non sanabile dalla legge di conversione, deve presentarsi come «evidente» (cfr. sent. nn. 270 e 330 del 1996; 398 del 1998; 16 e 29 del 2002; 341 del 2003; 6, 178, 196 e 285 del 2004; 272 del 2005; 128 del 2008; 83 del 2010; 79 e 93 del 2011; 10 e 72 del 2015; 287 del 2016; 170 del 2017), essendo, al contrario, la loro «semplice» mancanza risolvibile nell'ambito del rapporto di responsabilità politica tra governo e parlamento. Solo nel caso in cui la mancanza dei presupposti è incontrovertibile, «il sindacato di legittimità della Corte non rischia di sovrapporsi alla valutazione di opportunità politica riservata al parlamento» (sent. nn. 171 del 2007). La qualificazione della mancanza dei presupposti costituzionali come «evidente» (non sanabile) o come «semplice» (sanabile) non è, tuttavia, univocamente chiara, rendendo così problematica la pronuncia d'incostituzionalità del decreto-legge o della successiva legge di conversione per violazione dei presupposti. Deve, infatti, considerarsi che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che l'espressione utilizzata dalla Costituzione per indicare i presupposti necessari all'adozione del decreto-legge («casi straordinari di necessità e di urgenza») implica «l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità», poiché la straordinarietà del caso che impone la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito «può essere dovuta a una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi» (sent. nn. 171 del 2007 e 93 del 2011). Piuttosto, dalla giurisprudenza costituzionale sembra trarsi una definizione in negativo: quando la mancanza *non* assume la connotazione di «evidente». Ad esempio, è stata esclusa l'evidente mancanza dei presupposti in presenza della «notoria situazione di emergenza

economica» posta alla base dell'atto censurato (sent. nn. 79 del 2011 e 10 del 2015; ord. n. 72 del 2015; sent. nn. 287 del 2016 e 170 del 2017); quando l'atto censurato è stato adottato in conseguenza di pressanti esigenze di adeguamento a indirizzi europei e organismi internazionali (sent. n. 287 del 2016); quando il provvedimento, pur non contenendo misure di immediata applicazione, «costituisce un primo intervento, peraltro puntuale e circoscritto, di un processo laborioso, destinato a dipanarsi in un arco temporale più lungo» (sent. n. 133 del 2016), ovvero risponde comunque alla «necessità di provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito» (sent. nn. 62 del 2005 e 16 del 2017). Un atteggiamento che, al di là dell'esplicita affermazione della sindacabilità dei presupposti costituzionali per l'adozione di un decreto-legge, testimonia di un forte *self-restraint* della Corte, volto a non entrare, per quanto possibile, nelle valutazioni di natura politica assunte nel circuito governo-parlamento.

*Il requisito dell'omogeneità, ovvero il vizio dell'eterogeneità.* Un «sintomo» dell'evidente mancanza dei presupposti costituzionali – e, dunque, un tentativo di definizione in positivo – è stato riconosciuto nella natura di «norma intrusa» della disposizione viziata: quando la disposizione oggetto di censura si presenta come «corpo estraneo» nell'omogeneità di materia disciplinata dal decreto-legge (omogeneità richiesta dall'art. 15, terzo comma, della l. n. 400 del 1988), si può presumere che manchino i presupposti di necessità e urgenza e che la forma del decreto-legge sia stata prescelta abusivamente al solo scopo di accelerare il procedimento, violando la distribuzione costituzionale dei compiti legislativi tra governo e parlamento (sent. nn. 171 del 2007, 128 del 2008, 355 del 2010). L'urgente necessità di provvedere può esplicarsi attraverso l'adozione di un atto articolato e differenziato al suo interno, purché la pluralità delle norme contenute nel decreto-legge sia riconducibile ad «un'intrinseca coerenza [...], o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico [...], ovvero [...] dall'intento di fronteggiare situazioni straordinarie complesse e variegate, che richiedono interventi oggettivamente eterogenei, afferenti quindi a materie diverse, ma indirizzati all'unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare» (sent. n. 22 del 2012).

*L'effetto-trasferimento.* Corollario di questo indirizzo giurisprudenziale è il mutamento d'oggetto della questione di legittimità costituzionale, per effetto del cosiddetto «trasferimento della questione» alla legge di conversione: la permanenza nell'ordinamento della norma contenuta nel decreto-legge – «perché riprodotta, nella sua espressione testuale o comunque nella sua identità precettiva essenziale, da altra disposizione successiva» – fa sì che a questa deve riferirsi la pronuncia della Corte (sent. nn. 84 del 1996; 128 del 2008).

Si deve sottolineare la differenza di *ratio* tra legge di conversione e legge di sanatoria, ex art. 77, terzo comma, seconda proposizione, della Costituzione.



Questa è volta a consolidare gli effetti prodotti dal decreto-legge decaduto senza produrre effetti per il futuro; quella, a consolidare e proiettare nel futuro gli effetti del decreto convertito. La legge di sanatoria è dunque autonoma rispetto al decreto-legge non convertito, e su di essa non si determina alcun «effetto di trasferimento» (sent. nn. 84 del 1996; 244 e 430 del 1997; 405 del 2000; e ord. n. 443 del 2005).

*La sindacabilità degli emendamenti apportati in sede di conversione.* La possibilità di rilevare i vizi della decretazione d'urgenza, cogliendoli fino alla legge di conversione, si basa su una certa idea di «compattezza» del procedimento previsto dall'art. 77 della Costituzione. Alla luce di quest'idea deve risolversi il problema della sindacabilità degli emendamenti (aggiuntivi o sostitutivi) apportati al decreto-legge in sede di conversione.

Sebbene si possa temere il rischio che il controllo di omogeneità introduca la Corte in un campo non suo (la dialettica parlamentare), l'eterogeneità può avere rilievo, nel giudizio sulla legge di conversione, come criterio di controllo sulla legittimità di emendamenti che non si giustificano alla luce dell'eccezionalità del procedimento per decreto-legge. Non può valere, in contrario, la natura non costituzionale delle norme di riferimento contenute nella legge n. 400 ora richiamate (come si era, invece, espressa la Corte nella sent. n. 391 del 1995, prima però della «svolta» sul trasferimento). Si tratta, infatti, di rispettare non tanto leggi o regolamenti parlamentari, quanto principi costituzionali affermatasi nel lavoro giurisprudenziale su questi temi. Così, la sentenza n. 22 del 2012 ha dichiarato incostituzionale una norma introdotta, in sede di conversione, in un decreto adottato per far fronte a situazioni eccezionali determinate da calamità naturali: l'intrusione di tale norma – in ciò stava l'invalidità – «spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal governo dell'urgenza di provvedere e i provvedimenti provvisori con forza di legge» che da tale valutazione sono giustificati. Analoghe considerazioni sono contenute in decisioni successive (ad esempio, sent. nn. 32 del 2014, 154 del 2015, 94 del 2016), ove la Corte ha affermato che l'introduzione di emendamenti in sede di conversione del decreto-legge non è, in linea generale, esclusa; ciò che è esclusa – e che determina una dichiarazione di illegittimità costituzionale per vizio di procedura – è l'introduzione di disposizioni eterogenee rispetto «a uno dei contenuti già disciplinati dal decreto-legge ovvero alla *ratio* dominante del provvedimento originario considerato nel suo complesso» (ribadendo così che anche i provvedimenti governativi *ab origine* a contenuto plurimo, pur legittimi, non sono di per sé esenti da problemi rispetto al requisito dell'omogeneità). Ulteriori disposizioni possono dunque essere contenute nella legge di conversione, purché il loro contenuto si ponga «in linea di continuità sostanziale, per materia o per finalità, con l'originario decreto-legge». Ciò che merita attenzione è che l'inserimento di norme eterogenee rispetto all'oggetto o alla finalità del decreto-legge determina la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. non per mancanza dei presupposti di necessità e urgenza, ma per un vizio di procedura, scaturendo «dall'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione attribuisce ad esso, con

speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge (sent. n. 22 del 2012)» (sent. nn. 32 del 2014 e 154 del 2015).

*Effetti conseguenti alla dichiarazione di incostituzionalità delle norme «intruse».* La sentenza n. 32 del 2014 ha preso in considerazione la sorte delle norme illegittimamente introdotte con la legge di conversione, stabilendo che «l'accertata eterogeneità determina la caducazione delle disposizioni illegittimamente introdotte e [che], di conseguenza, tornano a trovare applicazione le previgenti disposizioni, in quanto mai validamente abrogate». Quando le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, esse agiscono in carenza di potere. In tal caso, l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione deve considerarsi inidoneo a innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa (sent. nn. 123 del 2011 e 361 del 2010). Sotto questo profilo, la situazione risulta assimilabile a quella delle norme legislative emanate in difetto di delega, per le quali la Corte ha riconosciuto, come conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, l'applicazione della normativa precedente (sent. nn. 5 del 2014 e 162 del 2012), in conseguenza dell'inidoneità dell'atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi, modificativi o sostitutivi (sent. n. 32 del 2014).

*Mancanza di presupposti costituzionali e reiterazione: vizi distinti o connessi?* I problemi circa l'efficacia della legge di conversione, dal punto di vista della sua «efficacia sanante», si sono posti anche in riferimento a un altro tipo di vizio rinvenibile nel decreto-legge: il vizio d'iterazione o di reiterazione, ossia della ripresentazione, allo scadere del periodo di vigenza di un primo decreto-legge, di altri decreti aventi medesimi contenuti. In virtù del primo orientamento interpretativo sopra descritto, la conversione in legge dell'ultimo decreto-legge della successione comportava la sanatoria di tutti quelli che lo avevano preceduto: il vizio avrebbe potuto essere fatto valere, astrattamente, sui singoli decreti ma, di fatto, ciò risultava impossibile a causa dei tempi di decisione: quando la Corte avesse potuto intervenire, il decreto sarebbe già stato sostituito da uno successivo (sent. nn. 360 del 1996; 194 del 1998; 419 del 2000; 376 del 2001; 29 del 2002; 341 del 2003; 6 e 196 del 2004). In forza del secondo orientamento, invece, la conversione finale non sana il vizio di reiterazione (sent. nn. 29 del 1995 e 341 del 2003), il quale può essere rilevato in qualunque momento della «catena» di decreti.

La distinzione concettuale tra i due vizi (la mancanza evidente dei presupposti costituzionali e la reiterazione), implicita nel primo orientamento, cade con il prevalere del secondo orientamento interpretativo. Nella legge di conversione si riversano, cioè si trasferiscono, tutti i vizi derivanti dall'abuso della decretazione d'urgenza e la Corte è nelle condizioni di censurarli: «affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del parlamento e del governo, quanto alla produzione delle fonti primarie» (sent. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008).

## 5. La teoria della «primarietà» dell'atto: concezione formale e sostanziale

L'individuazione degli atti legislativi sottoponibili al controllo di costituzionalità da parte della Corte può riassumersi nell'idea della «primarietà dell'atto normativo», cioè del suo immediato rapporto con la Costituzione. Alla stregua di questa concezione, dalla sfera di competenza della Corte costituzionale – come s'è detto – vengono esclusi senza eccezione i regolamenti, in quanto espressione di una potestà normativa che, in forza del principio di legalità, è subordinata alla legge.

Ma l'esame delle diverse situazioni concrete che possono determinarsi all'interno di quella nebulosa di atti che si denominano regolamentari – una nebulosa che, negli ultimi tempi, s'è fatta sempre più densa e sregolata – ha costituito l'occasione di un'ampia ricostruzione critica della materia, in vista di soluzioni più articolate, idonee a prendere in considerazione la molteplicità che le fonti regolamentari possono assumere. Il criterio della primarietà è stato allora definito non come idoneità astratta degli atti, in quanto tipi formali, a porsi in diretto rapporto con le norme della Costituzione, bensì come *effettivo rapporto diretto* che, caso per caso, viene a realizzarsi. La questione è stata posta molti anni fa<sup>5</sup>, ma oggi sembra riproporsi con un'evidenza che allora non aveva.

*Le ragioni della concezione «sostanziale» della primarietà.* L'attenzione è stata sollecitata dai regolamenti poiché essi, seppur tutti astrattamente subordinati alla legge, difficilmente potrebbero considerarsi in modo indifferenziato, data la varietà di rapporti che con quella, e quindi con la Costituzione, possono esistere in concreto. Tali rapporti, infatti, non sono riconducibili a un unico schema poiché, accanto ai regolamenti collocati in posizione di effettiva subordinazione alla legge (i cosiddetti «regolamenti di esecuzione»), altri ve ne sono per i quali la subordinazione è solo virtuale, operando concretamente in modo più o meno libero da vincoli legislativi (si pensi ai regolamenti autorizzati o delegati dalla legge a operare in materie non ancora disciplinate ovvero disciplinate da leggi alle quali i regolamenti sono abilitati a sostituirsi; ai cosiddetti «regolamenti indipendenti», i quali operano a prescindere da previe autorizzazioni legislative oppure si fondano su mere attribuzioni di competenza normativa, spoglie di indicazioni legislative sostanziali; ai regolamenti di «delegificazione»; ai regolamenti degli enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita, la cui posizione di – relativa – indipendenza nei confronti della legge dello Stato e delle Regioni è protetta dalla Costituzione; agli atti normativi di soggetti un tempo sconosciuti, come le cosiddette «Autorità indipendenti»; alle ordinanze di necessità e urgenza nei casi di calamità naturali; agli atti governativi del più vario genere che la legge autorizza «in bianco» quando esistono esigenze d'azione amministrativa urgente in deroga alle leggi vigenti ecc.).

<sup>5</sup> C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, *passim* e in part. pp. 93 ss.

Proprio perché in varia misura svincolati dalla legge, il regime di questi atti – si sostiene – dovrebbe assimilarsi a quello delle fonti primarie, per quel che riguarda il trattamento dei loro vizi di incostituzionalità: essi sarebbero, insomma, *ai fini del controllo di costituzionalità*, fonti primarie. Non potendosi, in questi casi, parlare di una «forza» tipica del regolamento, come si parla invece unitariamente di «forza di legge» (malgrado l'esistenza di numerose fonti legislative «atipiche») e dovendosi invece individuare caso per caso la forza di ciascun regolamento rispetto alla funzione che esso svolge nell'ordinamento, non si dovrebbe aprioristicamente escludere che in taluni casi si abbia a che fare con fonti che del regolamento hanno solo l'apparenza, ma della legge hanno invece l'efficacia concreta<sup>6</sup>.

a) *Il ruolo normativo del governo*. Lo sfondo costituzionale generale in cui la suddetta, ampia concezione della forza di legge si colloca è la tendenza delle organizzazioni costituzionali contemporanee a potenziare la funzione normativa del governo, conformemente alle esigenze di produzione di regole e provvedimenti sempre più abbondante, pronta e differenziata che sono proprie del cosiddetto «Stato sociale interventista» e che la legge, nella sua rigidità, non sempre è in grado di fronteggiare. I tentativi di limitare l'irresistibile espansione degli atti normativi del governo (tentativi che risultano anche dalla Costituzione, tutte le volte in cui essa stabilisce «riserve di legge») sarebbero, secondo questo modo di vedere, antistorici e sostanzialmente inefficaci, come prova, per esempio, la tendenza alla delegificazione. Da ciò due conseguenze: che tali atti non legislativi, ma che svolgono una funzione analoga a quella della legge, debbano considerarsi come una realtà ineludibile; e che anche per tali atti siano da predisporre garanzie costituzionali adeguate alla loro efficacia concreta, di fatto equivalente a quella della legge. Solo in tal modo, si è aggiunto<sup>7</sup>, si potrebbero evitare i rischi compresi nell'eventualità che la maggioranza parlamentare abbandoni al regolamento la disciplina di determinate materie, proprio allo scopo di sottrarla al sindacato della Corte costituzionale.

b) *Unitarietà del controllo di costituzionalità degli atti*. Implicita nell'impostazione in esame è l'esigenza di unificare presso la Corte costituzionale il controllo dei vizi d'incostituzionalità, in vista dell'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme fondamentali, a opera di un organo abilitato allo scopo, in ragione della sua composizione, dei suoi strumenti di giudizio e dell'incidenza generale delle sue decisioni d'incostituzionalità<sup>8</sup>. In tal modo, si sottintende l'insufficienza del controllo di costituzionalità sui regolamenti svolto dai giudici amministrativi in sede di annullamento e dai giudici ordinari in sede di disapplicazione *inter partes*, a causa della natura non costituzionale dei giudici e dei giu-

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 57, ove si pone la questione circa il carattere omogeneo della categoria «forza di legge».

<sup>7</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2 voll., IX ed., Padova, Cedam, 1976, vol. II, p. 1043.

<sup>8</sup> *Id.*, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, cit., p. 3.

dizi, del ristretto termine di decadenza del potere di ricorso, subordinato a rigorose condizioni processuali, e dell'incidenza non generale della disapplicazione a opera del giudice ordinario.

In questa prospettiva, si comprende che sia rilevante più la natura del vizio, che il tipo di atto.

*Le ragioni della prevalenza della concezione «formale» della primarietà.* Ragioni di principio, finora non superate, spiegano tuttavia l'insuccesso che l'anzidetta teoria della natura del vizio ha riscosso nella letteratura e il rigetto che ha incontrato nella giurisprudenza costituzionale.

a) *Il carattere monista della forma di governo.* La presa d'atto, di fatto se non di diritto, dell'espansione della potestà normativa del governo, sottintesa dall'anzidetta teoria della primarietà «sostanziale», non si accorda con il carattere «monista» della vigente «forma di governo», incentrata sul Parlamento e incompatibile con il riconoscimento di una funzione normativa indipendente o concorrente del governo.

Tale ragione è espressa con chiarezza nella sentenza n. 23 del 1989: «finché l'evoluzione storica del sistema costituzionale, pur nel crescente pluralismo delle forme di produzione normativa, conserverà l'attuale configurazione monistica di forma di governo con potere legislativo riservato al parlamento e non riconosciuto in via originaria e concorrente anche all'esecutivo o ad altri organi, il controllo, demandato a questa Corte dall'art. 134 della Costituzione, deve intendersi limitato alle sole fonti primarie». Detto altrimenti: fintanto che non sarà possibile ritenere fondata sulla Costituzione una riserva di potestà regolamentare<sup>9</sup>, non sarà possibile abbandonare, ai fini della determinazione delle fonti oggetto del sindacato di costituzionalità, la concezione formale della primarietà.

b) *A ciascun atto il proprio rimedio giurisdizionale.* Dal sistema monista della forma di governo – e, quindi, dal principio di legalità – discende che i poteri, normativi e non normativi, del governo devono fondarsi su leggi abilitative del Parlamento, le quali, a seconda delle circostanze, potranno essere più o meno stringenti, ma non potranno mancare. Ciò induce, da un lato, a considerare inammissibili i regolamenti totalmente privi di fondamento legislativo e, dall'altro, a ritenere adeguata la distribuzione del potere di sindacato sui vizi degli atti normativi che sottrae alla Corte quello sui regolamenti.

L'individuazione dell'ambito di competenza della Corte costituzionale tramite il principio di «primarietà» dell'atto – e non con riguardo alla natura del vizio – risulta coerente con il carattere storico del controllo di

<sup>9</sup> Si consideri che parte della dottrina ritiene che si possa riconoscere nell'art. 117, sesto comma, della Costituzione, come modificato dalla legge cost. n. 3 del 2001, il fondamento costituzionale autonomo di un potere regolamentare in generale, facendone conseguire il venire meno del principio di legalità e quindi della subalternità di ciascun atto regolamentare alla propria fonte di normazione primaria: N. Lupo, *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 237 s.; F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2007, pp. 43 ss.

costituzionalità, nato non come stravolgimento degli strumenti di garanzia dello Stato liberale di diritto (richiamati del resto nella Costituzione), ma come loro completamento, e quindi con la previsione della competenza della Corte costituzionale su atti altrimenti privi di controllo giurisdizionale. L'inesistenza di altri rimedi giurisdizionali può dunque considerarsi l'altra faccia della «primarietà», utile a definire in concreto l'ambito della competenza della Corte e idonea a escludere tutti gli atti per i quali già esistono altri mezzi di sindacato giurisdizionale<sup>10</sup> (con questa limitazione, tuttavia: che il criterio anzidetto viene meno quando si abbia a che fare con atti nuovi, previsti per la prima volta dalla Costituzione, nella prospettiva di un accentuato pluralismo delle fonti del diritto, sconosciuto agli ordinamenti del passato).

A ciò si aggiunga che la sindacabilità dei vizi degli atti regolamentari nelle forme proprie degli atti amministrativi (annullamento d'ufficio o su ricorso amministrativo, annullamento o disapplicazione giudiziali), oltre ad aprire la strada a rimedi più numerosi, più facilmente praticabili e più immediatamente utilizzabili rispetto alla questione di costituzionalità, determina controlli forse anche più incisivi, in quanto estesi all'eccesso di potere, di quelli rilevabili in sede di giustizia costituzionale. Contrariamente a un diffuso convincimento, dovrebbe perciò concludersi – si è detto – che gli atti normativi dell'esecutivo e delle pubbliche amministrazioni, proprio in quanto il loro controllo sfugge alla giurisdizione della Corte costituzionale, si collocano in una posizione più «esposta» di quella delle fonti primarie<sup>11</sup>.

La competenza dei giudici comuni, d'altro canto, riveste un significato rilevante, comportando la diretta incidenza delle prescrizioni costituzionali sull'attività giudiziaria comune e, quindi, il massimo di diffusione dell'efficacia della Costituzione, come norma giuridica per tutti obbligatoria.

c) *Il controllo di costituzionalità indiretto sugli atti regolamentari.* Il pericolo di un insufficiente controllo di costituzionalità sui regolamenti a opera dei giudici comuni è evitabile attraverso il controllo di costituzionalità della Corte sulle leggi abilitanti, una volta che l'esistenza di regolamenti incostituzionali sia stata confortata da pronunce giurisdizionali dalle quali possa dirsi nata una norma legislativa «vivente», suscettibile di invalidazione da parte della Corte costituzionale. La scelta fra una strada (l'incostituzionalità della legge) e l'altra (l'illegittimità dell'atto applicativo secondario) dipende ovviamente dal contenuto della legge stessa o, meglio, dal contenuto che interpretativamente si ritenga di dare a essa. È evidente che l'accoglimento da parte della Corte costituzionale dell'uno o dell'altro percorso sarà influenzato dall'esistenza di prassi interpretative consolidate in un senso o nell'altro, tali da portare a una configurazione storicamente concreta del significato della legge. La mera esistenza di norme secondarie (o di atti amministrativi o giurisdizionali) incostituzionali, tuttavia, non

<sup>10</sup> C. Esposito, *Elementi soggettivi e oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1959, pp. 1078 ss.

<sup>11</sup> Così, quasi testualmente, A. Sandulli, *Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1969, pp. 2172 s.

è tale di per sé da far rifluire il vizio d'incostituzionalità sulle leggi che le prevedono.

Il tentativo indiretto e obliquo che talora è compiuto di attaccare gli atti secondari davanti alla Corte, attraverso l'impugnazione della legge, può riuscire solo in due casi: dimostrando o che l'incostituzionalità risiede già nella legge e non è dovuta a un cattivo uso dei poteri che essa istituisce; oppure, che l'uso incostituzionale, consolidato e approvato dalla giurisprudenza, dei poteri previsti dalla legge ha assunto una tale consistenza storica da far «vivere» la legge nel suo significato incostituzionale. Si può, dunque, dire così: in prima istanza, ci si affida alle capacità reattive dei giudici comuni, contro l'abuso dei poteri concessi dalla legge; quando tale affidamento risulta essere stato mal riposto, la Corte costituzionale considera giustificato il suo intervento per far cadere il fondamento legislativo di tale abuso.

*Costruzioni argomentative del controllo indiretto di costituzionalità sui regolamenti.* Tale ipotesi di controllo – che fonda la propria giustificazione sull'avvertita necessità che posizioni giuridiche soggettive siano tutelate anche nella fase applicativa regolamentare e che, qualora ammessa, porrebbe le basi per l'accoglimento della concezione «sostanziale» della primarietà – è stata proposta attraverso due percorsi argomentativi: *a)* quello della «specificazione» del contenuto della disposizione legislativa attraverso il diritto vivente regolamentare; e *b)* quello della «integrazione» della portata normativa della disposizione legislativa impugnata attraverso il rinvio (materiale o formale) alla norma regolamentare.

Nel primo caso, la sindacabilità indiretta del regolamento sarebbe ammessa in quanto esso contribuisce all'interpretazione della disposizione legislativa censurata: la legge verrebbe giudicata non solo in sé e per sé, ma particolarmente nel significato in cui trova applicazione nella norma regolamentare. Si vedano quelle sentenze con le quali la Corte ha ritenuto ammissibile il controllo di legittimità costituzionale sulle disposizioni di atti regolamentari, unitamente a quelle di rango primario, in quanto specificazione del contenuto prescrittivo delle seconde (sent. nn. 34 del 2011, 354 del 2008, 456 del 1994 e 1104 del 1988).

Nel secondo caso, la sindacabilità della norma regolamentare sarebbe ammessa nella sola ipotesi in cui sia rinvenibile nella disposizione legislativa censurata un rinvio non a una generica potestà regolamentare (rinvio formale), ma a uno specifico e ben individuato regolamento (rinvio materiale o recettizio): in tal caso, si assisterebbe a una sorta di «legificazione» della norma regolamentare richiamata, per esplicita volontà del legislatore. Questa tesi sembra essere, *a contrariis*, alla base di quelle decisioni (ad esempio, ord. n. 254 del 2016, sent. n. 162 del 2008 e ord. n. 389 del 2004) che hanno dichiarato l'inammissibilità delle questioni non essendo ravvisabile «fra le [...] disposizioni legislative, da un lato, e le disposizioni regolamentari richiamate [...], dall'altro lato, quel rapporto di integrazione e specificazione, ai fini dell'oggetto del quesito di costituzionalità proposto, che avrebbe consentito [...] l'impugnazione delle disposizioni legislative “come specificate” dalle norme regolamentari».

*Regolamenti delegificati e ordinanze urgenti della protezione civile.*

La prospettiva dell'insindacabilità dei regolamenti non sembra essere stata messa in crisi dalla presenza, nel nostro sistema delle fonti, né dei regolamenti di delegificazione, né delle ordinanze di urgenza e necessità.

Non dai primi, se si considera che il rapporto tra legge di delegificazione e regolamento delegificato è pur sempre spiegato alla luce del principio di legalità. Qualora il regolamento presenti un vizio di legittimità costituzionale, lo sguardo continua a essere necessariamente rivolto all'atto che autorizza la delegificazione; la garanzia va ricercata «volta a volta, a seconda dei casi, o nella questione di costituzionalità sulla legge abilitante il governo all'adozione del regolamento, ove il vizio sia a essa riconducibile (per avere, in ipotesi, posto principi incostituzionali o per aver omesso di porre principi in materie che costituzionalmente li richiedono); oppure, nel controllo di legittimità sul regolamento, nell'ambito dei poteri spettanti ai giudici ordinari o amministrativi, ove il vizio sia proprio ed esclusivo del regolamento stesso» (sent. n. 427 del 2000; nello stesso senso, tra molte, ord. nn. 100, 328 e 554 del 2000). A conferma di questa posizione può essere richiamata la sentenza n. 251 del 2001, ove la Corte precisa, in merito all'oggetto della questione, che esso deve ritenersi non il regolamento delegificato (in quanto tale insuscettibile di controllo di legittimità costituzionale), ma il decreto legislativo che ne ha autorizzato la delegificazione: poiché il regolamento, intervenuto su aspetti sostanziali della materia e così andando al di là della disciplina procedurale per la quale, sola, era abilitato, aveva disposto fuori della materia sulla quale poteva intervenire, il procedimento di delegificazione della normativa oggetto della questione non si è perfezionato e, «nonostante la "sostituzione" della disposizione di rango legislativo con altra di contenuto corrispondente ma di rango secondario, la disciplina vigente doveva ritenersi quella contenuta nella legge».

Quanto alle ordinanze di necessità e urgenza, che pongono non pochi problemi d'inquadramento nel sistema delle fonti, la sentenza n. 115 del 2011 ha cercato di enfatizzare il necessario fondamento legislativo del potere su cui esse si basano, chiarendo l'insufficienza di una cornice quale quella che ha dato vita all'ossimoro della «emergenza stabilizzata»: «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». Da ciò la natura amministrativa delle ordinanze e, quindi, la loro non sottoponibilità al controllo di costituzionalità<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, Torino, Giappichelli, 2011; F. Biondi dal Monte, *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del governo*, in Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Milano, Università Bicocca, 10-11 giugno 2011; S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 659; S. Agosta, *Ruolo del Presidente della Repubblica e ordinanze contingibili e urgenti del governo*, in A. Ruggeri (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 373 ss.



*Conclusioni.* Può dirsi così: la determinazione della sfera di competenza della Corte costituzionale come giudice delle leggi non dipende dalla natura del vizio; dipende, invece, dalla natura dell'atto, rispetto alla quale la natura del vizio deriva come conseguenza.

A diverse conclusioni potrebbe forse pervenirsi qualora mutassero i termini iniziali del problema. Solo se l'evoluzione del nostro sistema costituzionale conducesse a mettere in crisi il carattere monista della forma di governo e perciò il sistema attuale di rapporti tra le fonti parlamentari e quelle governative, con ciò configurando un ampio potere normativo indipendente del governo, le esigenze sottolineate dalla teoria sostanziale della primarietà potrebbero apparire sotto una diversa e più convincente luce<sup>13</sup>.

Incidentalmente si può notare che i problemi sopra indicati (e sviluppati *infra*, pp. 221 ss., a proposito delle decisioni interpretative della Corte costituzionale) derivano dall'assenza, nel nostro sistema di giustizia costituzionale, di altri strumenti di ricorso alla Corte contro atti (normativi o non normativi) sublegislativi. In altri ordinamenti (quello tedesco federale, ove esiste il ricorso diretto individuale contro atti anche non legislativi incostituzionali, la *Verfassungsbeschwerde*, o quello spagnolo, ove esiste l'analogo ricorso di *amparo*) i problemi (e le complicazioni) sopra segnalati hanno minori possibilità di porsi, poiché il giudice costituzionale è posto nelle condizioni di reagire immediatamente contro gli atti diversi dalle leggi, lesivi dei diritti costituzionali, annullandoli come tali e senza dover operare obliquamente sulla legge. In altri termini, non c'è bisogno di incidere sulla legge per combattere le sue applicazioni incostituzionali e, inoltre, non c'è necessità di attendere che l'interpretazione incostituzionale della legge si sia consolidata nella prassi applicativa, perché la Corte possa intervenire (senza perciò le conseguenze negative circa il rispetto, *medio tempore*, della Costituzione).

## 6. «Forza di legge» come fungibilità e come alternatività rispetto alla legge

La «primarietà» formale, quale *ratio* della sottoponibilità degli atti normativi al controllo della Corte costituzionale, è espansibile. Non lo è, invece, per chi, in una prospettiva limitatrice, attribuisce «forza di legge» solo agli atti governativi *fungibili rispetto alla legge*<sup>14</sup>, cioè ai decreti-legge

<sup>13</sup> L. Elia, *Giustizia costituzionale e poteri legislativi decentrati*, relazione al II Congresso delle Corti costituzionali europee, Roma, 20-22 ottobre 1976 (e in Aa.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. IV: *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 357 ss.), ove si nega al problema sollevato da Mortati l'importanza a esso attribuita da tale autore, pur riconoscendosi che le opinioni potrebbero essere riconsiderate ove si realizzasse una massiccia delegificazione a favore del governo.

<sup>14</sup> Soprattutto A. Sandulli, *Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1969, pp. 2168 ss.; Id., *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in «Giurisprudenza italiana», I, 1975, n. 1, 1977, cc. 1831 ss.; S. Panunzio, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1978, pp. 256 ss.; F. Cuocolo, *Gli atti dello Stato aventi «forza di legge»*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1961, pp. 97 ss.

e ai decreti legislativi delegati, cui la Costituzione conferisce testualmente «forza (o valore) di legge», prescrivendo nel contempo che, fuori di questi casi, il governo «non può emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria» (art. 77, primo comma, Cost.).

Questa concezione restrittiva della «forza di legge», tuttavia, sarebbe adeguata a un sistema delle fonti più semplice di quello attuale; a un sistema nel quale la produzione del diritto sia incentrata essenzialmente sulla legge, e il rapporto tra le fonti sia costruito esclusivamente su un criterio ordinativo reciproco di atti parlamentari e governativi.

*Il criterio dell'alternatività rispetto alla legge.* Le caratteristiche più complesse del vigente sistema delle fonti impongono, invece, di tener conto dell'esistenza di fonti che stanno fuori del raccordo parlamento-governo e della distribuzione sistematica secondo gerarchia: fonti, in altre parole, la cui posizione nell'ordinamento è caratterizzata da una loro specifica *competenza*.

In questo più complesso quadro, che esprime il vigente pluralismo delle fonti voluto dalla Costituzione, non è possibile concepire la «forza di legge» esclusivamente come fungibilità nei confronti della legge stessa. Il pluralismo delle fonti ha detronizzato la legge. Essa è oggi una, non l'unica fonte del diritto primaria (e originaria); e, dunque, non costituisce più il punto focale esclusivo, la pietra di paragone insostituibile rispetto alla quale considerare l'efficacia (o la forza) delle altre fonti. Carattere decisivo perché possa riconoscersi la «forza di legge» è, allora, la *posizione d'immediata subordinazione alla sola Costituzione e, al tempo stesso, di esclusione della legge nella stessa materia*<sup>15</sup>.

Ciò si verifica non solo quando la Costituzione autorizza determinati atti a concorrere con la legge, sostituendosi a essa (tesi conforme all'idea della primarietà formale), ma anche quando la Costituzione limita il campo di competenza della legge a favore di altre fonti, operanti perciò con la stessa forza che sarebbe della legge, ove la materia non le fosse stata sottratta<sup>16</sup>. In questi casi esiste, infatti, l'identità di *ratio* che consente di accomunare nell'uguale sottoponibilità alla Corte costituzionale tali altri atti, oltre a quelli tradizionalmente ricompresi nella categoria della «forza di legge».

## 7. a) Il referendum abrogativo

L'ammissibilità costituzionale delle richieste di referendum abrogativo, alla stregua delle clausole di esclusione previste nell'art. 75 della Costituzione, è controllata in via preventiva dalla Corte costituzionale, secondo un procedimento che verrà esaminato a parte (*infra*, pp. 374

<sup>15</sup> Amato, *Regolamenti anteriori con forza di legge*, cit., p. 588; C. Mortati, *Contenuto e forma nella qualificazione degli atti normativi*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1970, pp. 34 ss.; Id., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, cit., pp. 30 ss.

<sup>16</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, Cedam, 1984, p. 326.

ss.). La questione, qui, è l'assoggettabilità al controllo della Corte costituzionale, in sede di giudizio sulle leggi, del decreto del presidente della Repubblica che, a norma dell'art. 37 della legge n. 352 del 25 maggio 1970, dichiara l'avvenuta abrogazione della legge o dell'atto avente forza di legge, determinando l'effetto abrogativo proprio del referendum.

È fuor di dubbio che tale atto possieda forza di legge, nel senso della «primarietà» discussa nei paragrafi precedenti: come ribadito in diverse decisioni (sent. nn. 29 del 1987, 64 del 1990 e 41 del 2000), «la natura del referendum abrogativo nel nostro sistema costituzionale è quella di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria».

Le difficoltà riguardano altri aspetti.

*Natura dell'atto referendario.* L'art. 134 della Costituzione fa riferimento alle leggi e agli atti aventi forza di legge dello Stato (oltre che delle Regioni), mentre il referendum pare avere a che fare con un atto del popolo-corpo elettorale<sup>17</sup>. Questa sua diversa natura escluderebbe la sindacabilità da parte della Corte costituzionale. L'obiezione, tuttavia, pare superabile considerando lo Stato – nella fase ascendente dell'elaborazione delle decisioni collettive – quale soggetto astratto cui tali decisioni vengono imputate, per «spersonalizzarle» e renderle conoscibili e vincolanti come decisioni collettive. Nella fase di formazione delle decisioni politiche che esprime i processi di unificazione del pluralismo politico e sociale, non esiste lo Stato, quale soggetto separato dalla società e operante con organi propri, ma esistono le *organizzazioni delle forze politiche e sociali*, chiamate a operare o indirettamente, nelle forme della democrazia rappresentativa, o direttamente, nelle forme della democrazia diretta. Così configurata la questione, non permane alcuna ragione per distinguere la legge dal referendum, in quanto entrambi atti dello Stato, nello stesso senso della parola.

*Vizi sindacabili.* Sebbene si stiano qui individuando gli atti oggetto del controllo di legittimità costituzionale dal punto di vista della loro natura e del loro rapporto con la legge, non è possibile non prendere in considerazione già in questa sede un'altra difficoltà, riguardante i vizi del referendum suscettibili di considerazione.

Una parte rilevante di quelli possibili assume infatti rilievo già nel giudizio di ammissibilità. La natura di accertamento definitivo dell'ammissibilità della richiesta, che è propria della decisione preventiva della Corte costituzionale, dovrebbe indurre a considerare preclusa la possibilità di proporre successivamente una questione di costituzionalità basata sulle medesime ragioni che la Corte ha già esaminato una volta e in una sede specifica: il controllo di ammissibilità, che si svolge *ex officio*, non è limitato al *petitum* di alcuna parte e, quindi, è idoneo ad affrontare i problemi di ammissibilità in tutti i loro possibili aspetti<sup>18</sup>. All'accertamento della Corte

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 333.

<sup>18</sup> *Contra, ibidem*, p. 337, e M. Raveraira, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 107 ss., in base a una problematica analogia con le decisioni di rigetto nel giudizio sulle leggi della stessa Corte costituzionale.

deve, infatti, attribuirsi non solo il valore di pronuncia sull'inesistenza, allo stato, di ragioni ostative allo svolgimento del referendum, ma anche il valore di pronuncia positiva di conformità della richiesta ai limiti posti nell'art. 75 della Costituzione (così come estensivamente interpretati e integrati dalla Corte: *infra*, pp. 378 ss.).

Ciò che residua riguarda allora i vizi che non possono essere già stati valutati in sede di ammissibilità del quesito referendario. E cioè: i vizi attinenti alle fasi del procedimento successive all'ammissibilità e i vizi sostanziali della norma abrogativa, i quali non possano essere apprezzati anticipatamente e ipoteticamente (cioè, subordinatamente all'eventuale esito positivo della consultazione referendaria) dalla Corte costituzionale<sup>19</sup>. L'elaborazione di diversi (rispetto all'art. 75) e articolati criteri per l'ammissibilità del quesito referendario (non ultimo, la necessità di una «normativa di risulta») ha indotto a riscontrare una certa propensione all'identificazione dei due giudizi (così da parlarsi di un giudizio di «legittimità costituzionale degli schemi normativi immanenti ai quesiti referendari»<sup>20</sup>) e ad auspicare che la Corte, in sede di ammissibilità del quesito, valuti altresì la legittimità costituzionale della situazione normativa che verrebbe a determinarsi in conseguenza dell'eventuale esito positivo del referendum. Con giurisprudenza costante, però, la Corte ha ritenuto la necessità che i due giudizi rimangano distinti, escludendo la possibilità che sia anticipato al momento del controllo di ammissibilità l'esame di tutti i possibili vizi di incostituzionalità sia dell'atto oggetto del quesito referendario, sia della normativa che risulterebbe dall'abrogazione (da ultimo, sent. n. 27 del 2017, in materia di occupazione e mercato del lavoro; n. 17 del 2016, in materia di concessione per l'estrazione di idrocarburi; e n. 13 del 2012, in materia elettorale, ove si è affermato che «in sede di controllo di ammissibilità dei referendum, il relativo giudizio non può investire profili di illegittimità costituzionale della legge oggetto della richiesta referendaria o della normativa di risulta»).

*Giurisprudenza in tema di distinzione tra ammissibilità del referendum e giudizio di legittimità costituzionale.* L'orientamento descritto è costante nella giurisprudenza della Corte. La sentenza n. 251 del 1975 ha ritenuto ammissibile la richiesta di referendum abrogativo sulle norme penali incriminatrici dell'interruzione volontaria della gravidanza, ancorché la precedente sentenza n. 27 del 1975 avesse riconosciuto al nascituro un diritto alla vita. Se ne era potuto dedurre l'incostituzionalità di scelte legislative che eliminassero ogni carattere di anti giuridicità dell'aborto. La Corte, dichiarando ammissibile la richiesta di referendum, si è però riservata la possibilità di esaminare in sede diversa, cioè nel successivo, possibile giudizio di legittimità, la questione della costituzionalità della norma abrogativa eventualmente introdotta dall'esito positivo del referendum. Analogamente, la sentenza n. 26 del 1987 ha riconosciuto l'ammissibilità della richiesta di referendum sulla normativa in tema di responsabilità civile dei giudici, pur indicando che la prospettata incostituzionalità della situazione normativa

<sup>19</sup> *Contra*, A. Chiappetti, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 237.

<sup>20</sup> L. Elia, *Intervento*, in Aa.Vv., *I referendum elettorali*, Firenze, Passigli, 2007, p. 25.

che si sarebbe potuta determinare a seguito della pura e semplice abrogazione referendaria «non [poteva] essere presa in considerazione e vagliata al fine di pervenire a una pronuncia di inammissibilità del quesito referendario».

Non pare doversi trarre alcun *exemplum* contrario dalla sentenza n. 26 del 1981, che ha dichiarato preventivamente l'inammissibilità di una richiesta di referendum sulla nuova normativa in tema di aborto, introdotta a seguito della sopra citata sentenza n. 27 del 1975 della Corte, in quanto tale richiesta mirava a ripristinare l'antecedente disciplina punitiva del codice penale (che la Corte aveva, appunto, dichiarato incostituzionale), con l'effetto di disconoscere ogni seppur minima tutela del diritto della madre alla salute (diritto sul quale la Corte si era appoggiata nella decisione d'incostituzionalità della normativa originaria). Non pare doversi leggere questa sentenza come un mutamento d'indirizzo, quanto piuttosto come una reazione a un uso dello strumento referendario rivolto a mettere nel nulla una precedente pronuncia di incostituzionalità: quasi un tentativo di disconoscere la definitività degli effetti delle decisioni della Corte.

Quali possano essere i vizi sostanziali del referendum abrogativo rilevabili *ex post factum* non è quindi facile a dirsi, anche perché normalmente il vizio atterra alla disciplina legislativa così come risultante dall'abrogazione di una sua parte e non all'abrogazione in sé stessa. Se, tuttavia, si distingue tra disciplina incostituzionale e norma determinante l'incostituzionalità (nella specie, la norma abrogativa che deriva dall'esito positivo del referendum), potrebbe non negarsi l'eventualità che la Corte, per ripristinare una disciplina conforme alla Costituzione, elimini la norma referendaria, causa dell'incostituzionalità. Anche se ciò presupporrebbe l'accoglimento di quell'impostazione secondo cui, almeno nel caso di norme legislative costituzionalmente necessarie, l'abrogazione della norma abrogativa determini il ripristino della norma abrogata (sul problema, con riguardo alle leggi elettorali, *infra*, pp. 390 ss.).

## 8. b) I regolamenti degli organi costituzionali

Gli atti con i quali gli organi costituzionali disciplinano la propria organizzazione interna e il proprio funzionamento operano in campi riservati, in quanto tali sottratti alla concorrenza con la legge. La riserva può essere stabilita esplicitamente dalla Costituzione (come avviene per i regolamenti delle Camere), ovvero risultare implicitamente, come conseguenza della «posizione» costituzionale di indipendenza dell'organo, nei confronti del legislatore ordinario, ed essere perciò solo esplicitata dalla legge ordinaria (come è per i regolamenti della Corte costituzionale: *supra*, pp. 24 ss.).

Senza entrare nel merito, qui, degli argomenti anzidetti, si potrebbe ritenere che la separazione rispetto alla legge – e, quindi, per utilizzare le categorie di cui ci si è avvalsi, la «primarietà» – possa aprire la strada al controllo di costituzionalità dei regolamenti, in quanto atti aventi forza di legge<sup>21</sup>. A questa conclusione si oppongono altri punti di vista che o

<sup>21</sup> In questo senso Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, pp. 142 e 339; Mortati, *Istituzioni*, cit., vol. II, p. 1404; F. Modugno, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli*

sminuiscono l'argomento della separazione dalla legge, o negano che tale separazione esista<sup>22</sup>.

La questione è stata decisa nel senso dell'insindacabilità dalla sentenza n. 154 del 1985, riguardante i regolamenti parlamentari, dando avvio a un orientamento che sembra ormai consolidato. Due gli argomenti: il primo, di natura formale, fa riferimento alla mancata previsione espressa, nell'art. 134 della Costituzione, degli atti in questione (diversamente da ciò che avviene in altri ordinamenti, come quello francese, nei quali il controllo di costituzionalità dei regolamenti parlamentari costituisce una delle non minori funzioni della giustizia costituzionale), e all'impossibilità che la loro inclusione sia dedotta per interpretazione dalla disposizione costituzionale; il secondo, di natura sostanziale, fa discendere l'esclusione dall'impossibilità di un controllo esterno su un organo di vertice, non subordinato a nessun altro, come il Parlamento. Pronunce successive hanno confermato quest'orientamento, essenzialmente con riferimento alla lettera dell'art. 134 della Costituzione e all'impossibilità di includere i regolamenti parlamentari tra le fonti-atto indicate nella disposizione costituzionale (ord. nn. 444 e 445 del 1993): «risiede dunque in ciò, e non in motivazioni storiche o in risalenti tradizioni interpretative, la ragion d'essere attuale e di diritto positivo dell'insindacabilità [dei regolamenti parlamentari] in sede di giudizio di legittimità costituzionale» (sent. n. 120 del 2014). Tale argomento – la natura dell'atto – può dunque valere ai fini di un'esclusione generalizzata dei regolamenti degli organi costituzionali (tanto è vero che proprio alla luce di questo criterio la Corte ha escluso la sindacabilità delle *Norme Integrative* per i giudizi davanti a sé, *supra*, pp. 24 ss.).

Richiamando la sentenza n. 154 del 1985, la Corte ha poi escluso la sindacabilità, nel giudizio sulle leggi, delle norme regolamentari dei consigli regionali e provinciali (della Regione Trentino-Alto Adige), affermando «che il minor rilievo normativo [rispetto ai regolamenti parlamentari] che questi ultimi rivestono è ulteriore elemento idoneo a contrastare la postulata estensione del sindacato costituzionale, mentre il minor grado di autonomia che essi esprimono è elemento per sé non sufficiente a giustificare l'estensione medesima» (sent. n. 288 del 1987).

Se la sindacabilità dei regolamenti degli organi costituzionali è esclusa in sede di giudizio di legittimità costituzionale, non lo è, però, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri. Ciò è stato esplicitamente riconosciuto dalla Corte costituzionale con riferimento ai regolamenti parlamentari che, seppur espressione della garanzia di indipendenza delle Camere da ogni altro potere, ben potrebbero essere fonte di atti lesivi di diritti costituzio-

«interna corporis acta» delle Camere, in «Rivista italiana di scienze giuridiche», 1969, p. 207; S. Labriola, *I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e domestica giurisdizione*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1986, pp. 424 ss.

<sup>22</sup> Sandulli, *Spunti problematici*, cit., pp. 1831 ss.; S. Galeotti, *Osservazioni sui regolamenti parlamentari come figura estranea agli atti aventi forza di legge di cui all'art. 134 cost.*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1981, pp. 1111 ss. Sul regolamento parlamentare come fonte primaria, sulla riserva di competenza regolamentare, sui rapporti tra il regolamento e la legge, G. Floridia, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1986.

nalmente inviolabili e dar adito a controversie relative alla delimitazione di ambiti di competenza, la cui garanzia è assegnata alla Corte costituzionale (sent. n. 120 del 2014, già richiamata *supra*, p. 24, in tema di autodichia, e sulla quale si tornerà *infra*, p. 294).

### 9. c) Le leggi di rango costituzionale

Un problema importante è l'assoggettabilità al controllo della Corte costituzionale delle «leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali», secondo la formula dell'art. 138 della Costituzione. L'originaria riluttanza ad ammettere la controllabilità delle leggi di grado costituzionale, confortata dall'assenza di riferimenti a tali fonti nell'art. 134 della Costituzione, deve considerarsi ormai superata. Esiste una «sovra-costituzionalità», cioè una gerarchia tra le stesse norme costituzionali; una gerarchia che pone alcune di esse al di sopra delle altre, non in virtù della loro forma (identica), ma della loro sostanza o qualità normativa (vol. I, pp. 188 ss.).

Con la sentenza n. 1146 del 1988, la Corte ha dichiarato per la prima volta, in modo esplicito, la sua competenza a giudicare della conformità di questa categoria di leggi ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale», ossia con riguardo ai contenuti della Costituzione che, nell'ambito delle regole e dei principi costituzionali, sono dotati di efficacia superiore a quella costituzionale ordinaria. Accanto al principio di rigidità costituzionale in senso formale (l'esistenza di un procedimento di revisione aggravato rispetto a quello legislativo ordinario), la Corte introduce un principio di rigidità in senso sostanziale: non solo non può essere approvata una legge costituzionale se non nel rispetto delle forme di cui all'art. 138 della Costituzione, ma esistono anche «sostanze costituzionali» che nessuna legge, nemmeno la legge in forma costituzionale, può contraddire. Accanto al limite (assoluto) formale, pacifico<sup>23</sup>, sussistono quindi limiti materiali (anch'essi assoluti) al potere di revisione costituzionale. A ragionar diversamente, si dice, si avrebbe una lacuna nel sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione; si avrebbe un sistema «difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore» (così, la citata sent. n. 1146 del 1988).

*Quali sono i principi «di più elevato valore»?* Come è già stato detto nel primo volume di questa *Giustizia costituzionale* (pp. 191 ss.), per dire quello che ha detto la Corte, non basta riferirsi alla Costituzione come testo normativo positivo. Occorre andare oltre, volgersi a ciò che sta dietro e sostiene la Costituzione.

Le «norme costituzionali di più elevato valore» sono certamente quelle che identificano la forma di governo repubblicana, sottratta alla revisione

<sup>23</sup> In questo senso un cenno già di Codacci Pisanelli, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente. V. Sedute dal 2 maggio 1947 al 31 maggio 1947*, Roma, Camera dei deputati, Segretariato generale, 1970, 28 novembre 1947, p. 4215.

costituzionale (art. 139 Cost.). Ma la «forma repubblicana» è un concetto pregnante. Esso comprende in sé principi che, pur non espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'*essenza* dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione: il principio democratico (art. 1), i diritti inviolabili (art. 2), la rigidità della Costituzione (art. 138). Gli artt. 1, 2 e 139 definiscono, dunque, in generale il quadro dei «principi supremi». Un quadro che la stessa giurisprudenza costituzionale ha nel tempo arricchito, offrendone specificazioni e concretizzazioni (unità dello Stato e del suo ordinamento e unicità della giurisdizione costituzionale; indipendenza e sovranità dello Stato rispetto all'ordinamento della Chiesa cattolica; laicità dello Stato; il «bene della vita» e il divieto della pena di morte; accesso al giudice e immunità; legalità e tassatività in materia penale).

Quello che apparentemente è un gioco di parole (legge costituzionale incostituzionale) è, al contrario, un'eventualità concreta che chiama in causa la Corte costituzionale.

*I precedenti «di fatto» del principio contenuto nella sentenza n. 1146 del 1988.* Sebbene solo con la sentenza n. 1146 del 1998 la Corte abbia riconosciuto, in modo esplicito e generale, la sindacabilità degli atti di rango costituzionale, nella giurisprudenza costituzionale possono trovarsi anticipazioni in relazione a casi particolari.

Ci si riferisce innanzitutto alle sentenze nn. 38 del 1957 e 6 del 1970, aventi a oggetto il rapporto della giurisdizione dell'Alta Corte di giustizia della Regione Sicilia (prevista dallo Statuto speciale) con il sistema di giustizia costituzionale previsto dalla Costituzione. Con la prima decisione la Corte ha dichiarato assorbita nella propria competenza quelle concernenti il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi attribuite dallo Statuto siciliano all'Alta Corte di giustizia; con la seconda ha dichiarato incostituzionale l'intero complesso delle norme su cui quell'anomala giurisdizione costituzionale si fondava. Ma, in entrambi i casi, non si è fatto ricorso all'idea di una gerarchia tra norme costituzionali (e, perciò, la sent. n. 1146 non fa riferimento a queste decisioni come «precedenti»). Si è utilizzato invece il criterio cronologico. La riluttanza a spiegare le decisioni in termini di vizio ha indotto, nella prima, a costruire i rapporti tra le fonti in termini di successione di leggi nel tempo (le competenze della Corte costituzionale hanno «assorbito» quelle dell'Alta Corte); nella seconda, a invalidare, pur dopo aver affermato l'inderogabilità del principio dell'unità della giurisdizione costituzionale, le norme dello Statuto riguardanti l'Alta Corte non direttamente, ma indirettamente per il tramite delle disposizioni degli artt. 26 e 27 dello Statuto stesso, «nella forma» del d.lgs. n. 455 del 15 maggio 1946 (che conteneva le norme statutarie originarie prima della loro «costituzionalizzazione»). Sono acrobazie logiche per non dire la realtà: la caducazione di norme costituzionali.

Altri precedenti, citati dalla Corte, sono le decisioni costituzionali sulla sindacabilità, per vizi sostanziali, di leggi a copertura costituzionale (le leggi autorizzate a derogare alla Costituzione in quanto dotate di una particolare garanzia costituzionale, e quindi dotate di un'efficacia simile a quella delle leggi costituzionali).

Si tratta innanzitutto delle sentenze su leggi di esecuzione del Concordato. In base all'art. 7 della Costituzione, possono essere concordemente previste, da Stato e Chiesa cattolica, norme derogatorie alla Costituzione, purché non in contrasto con i suoi «principi supremi» (sent. nn. 30, 31 e 32 del 1971; 12 e 195 del 1972; 175 del 1973; 16 del 1978; 16 e 18 del 1982; e ord. n. 26 del 1985). In



materia di consuetudini internazionali generalmente riconosciute, s'è detto che il meccanismo d'adeguamento automatico, previsto dall'art. 10 della Costituzione, non consente l'introduzione nell'ordinamento di norme in contrasto con i suoi principi fondamentali. I suoi cardini – la sovranità popolare e la rigidità della Costituzione – funzionerebbero come filtri che impediscono l'ingresso di norme internazionali incompatibili (sent. n. 96 del 1973). In materia di Europa, la larga disponibilità all'integrazione di norme comunitarie nell'ordinamento nazionale si accompagna a una riserva: «in base all'art. 11 della Costituzione sono [...] consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali» (sent. n. 183 del 1973).

Anche per queste fonti speciali, abilitate a derogare alla Costituzione, vale dunque il limite dei «principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato».

#### **10. d) Gli atti comunitari: regolamenti e direttive**

Circa gli atti comunitari in generale, è da ricordare che essi, sin dalla sentenza n. 14 del 1964, sono considerati dalla Corte fonti non appartenenti all'ordinamento giuridico italiano. Sebbene i regolamenti siano caratterizzati dalla «diretta applicabilità» in ciascuno Stato membro (art. 288, § I, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), e le direttive siano dotate di «effetto diretto», qualora disciplinino in modo chiaro, preciso e completo una determinata materia, tali fonti appartengono all'ordinamento dell'Unione. Ciò significa che diritto comunitario e diritto interno si configurano come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenza stabilita dai trattati comunitari. Il diritto dell'Europa è capace di espandersi direttamente, ogniqualvolta gli organi dell'Unione facciano uso dei poteri normativi riconosciuti dai Trattati. Il criterio che ordina i rapporti tra le norme contenute in un atto comunitario e le norme contenute in un atto normativo interno è, in sintesi, il «primato» delle prime sulle seconde. Perciò, i regolamenti e le direttive rimangono estranei al sistema delle fonti italiane, non ricevendo il trattamento proprio di queste, e non abbisognano di una loro «collocazione» secondo criteri sistematici propri dell'ordinamento interno, essendo disciplinati dalle norme sulla produzione del diritto comunitario. Il «primato» del diritto comunitario sul diritto interno dipende quindi dalle regole comunitarie sulle fonti. Dopo la modifica dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, che obbliga la legge nazionale al rispetto degli obblighi comunitari (l. cost. n. 3 del 2001), esso è diventato anche un

vincolo costituzionale interno. Questo vincolo potrebbe, in astratto, essere fatto valere nella forma dell'illegitimità costituzionale della norma interna per violazione della «norma (europea) interposta» (vol. I, pp. 238 ss.). Fino a ora, peraltro, a differenza di quanto è stato affermato con riferimento agli obblighi di natura internazionale (sent. n. 348 e n. 349 del 2007, sulle quali si veda il vol. I, pp. 252 ss.), lo schema concettuale seguito è quello non dell'invalidità, ma della «disapplicazione» della norma interna (anche di rango costituzionale). In virtù del criterio del primato comunitario e del presupposto dualista che fonda il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento nazionale, il contrasto si risolve con l'applicazione della norma comunitaria e la non-applicazione della norma interna: l'esistenza di «norme comunitarie provviste di efficacia diretta preclude al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, quando egli non abbia dubbi in ordine all'esistenza del conflitto» (sent. n. 170 del 1984). Così, si esclude che una questione di compatibilità della legge nazionale con norme comunitarie provviste di effetto diretto possa essere trasformata in questione di costituzionalità (sent. n. 284 del 2007), potendo eventualmente dare luogo a una questione presso la Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo le forme previste dai Trattati.

Di conseguenza, non esiste un potere di controllo di costituzionalità sugli atti comunitari presso la Corte costituzionale, «atteso che l'art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, mentre i regolamenti [e le direttive] comunitari non appartenendo all'ordinamento statale» (sent. nn. 232 del 1975; 28, 29 e 274 del 1986; 212, 213 e 403 del 1987).

Dietro le formule adoperate, si celano diversi atteggiamenti generali. La Corte costituzionale, quando parla di «non-applicazione» delle norme interne, implicitamente ribadisce che il contrasto non comporta l'invalidità della norma interna, rimanendo questa pur sempre valida ed efficace per quanto riguarda la disciplina di tutti i casi esterni al campo di applicazione della fonte sovranazionale. La Corte di giustizia europea parla invece di «disapplicazione» da parte del giudice che ha l'obbligo di dare seguito alla norma comunitaria «di propria iniziativa, [...] senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Le due espressioni, solo apparentemente simili, nascondono il diverso atteggiamento delle due corti: quello della Corte costituzionale italiana che, escludendo la propria competenza a sindacare la legittimità costituzionale degli atti comunitari, sottolinea la separazione degli ordinamenti e la non-incidenza dell'eventuale conflitto sul piano della validità della norma interna; quello della Corte di giustizia che, al contrario, sottolinea, con la primarietà del diritto comunitario, la superiorità di questo sul diritto interno.

*La teoria dei controlimiti e la sindacabilità delle norme comunitarie.* La dottrina dei «principi supremi» vale, come detto, a preservare l'essenza della Costituzione vigente, non solo rispetto agli attacchi interni (limiti alla revisione costituzionale), ma anche rispetto a quelli esterni (limiti all'ingresso nell'ordinamento nazionale di norme di matrice sovranazionale) (vol. I, pp. 188 ss.). Si tratta, anche qui, di quei «principi supremi» che

costituiscono il «nucleo intangibile» del nostro ordinamento costituzionale (sent. n. 1146 del 1988) e che può valere come «controlimite» alle limitazioni di sovranità che l'art. 11 della Costituzione prevede, ponendo così un argine all'espansione incontrollata del diritto comunitario. Ciò significa che, in caso di atti comunitari lesivi di tale nucleo essenziale del diritto costituzionale, il primato comunitario «cede», a sua volta, al primato del diritto interno: il diritto interno rimane applicabile quando «venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente [dalla Corte costituzionale], del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona» (sent. n. 284 del 2007). Per quanto il primato del diritto dell'Unione debba considerarsi «un dato acquisito», la sua applicazione nel territorio nazionale è dunque condizionata all'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona e «[q]ualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, [...] questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo» (ord. n. 24 del 2017, sul c.d. caso Taricco, in riferimento al principio di legalità in materia penale). In questo contesto si inserisce la recente sentenza n. 269 del 2017, ove la Corte si riappropria con toni fermi del proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali (su cui anche *infra*, p. 220). La violazione dei principi supremi da parte della norma comunitaria, tuttavia, non si traduce in un controllo diretto sugli atti comunitari: per tener fede agli schemi giuridici (la separazione tra i due ordinamenti, interno e comunitario) e alle funzioni che essi incorporano, formalmente l'oggetto della questione costituzionalità sarà la legge nazionale di attuazione dei Trattati istitutivi dell'Unione, nella parte in cui, autorizzando la ratifica e rendendo esecutivi i Trattati, vorrebbe consentire – incostituzionalmente – che siano contraddetti i principi inderogabili della Costituzione (sent. nn. 98 del 1965; 183 del 1973; 170 del 1984; 183 del 1987; 239 del 1989; e da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017).

### 11. e) I contratti collettivi di lavoro

Sebbene in passato la questione si sia posta, è ormai pacifica l'esclusione dal controllo di legittimità costituzionale dei contratti collettivi di lavoro. A causa della mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione, e malgrado la loro doppia natura (corpo del contratto, anima della legge), essi sono oggi atti di autonomia collettiva operanti nell'ambito delle regole del diritto comune. A ciò si aggiunge, comunque, la difficoltà di ritenere l'esistenza di una vera e propria «riserva» a favore dell'autonomia collettiva: il fatto che la Corte abbia ammesso che la compressione e l'annullamento di tale autonomia siano consentiti in casi particolari (cioè, nel caso in cui la legge valga a estendere diritti fondamentali o a salvaguardare superiori interessi generali: sent. nn. 124 del 1991, 102 del 1992, e 143 del 1998), è di per sé argomento contro la separazione dell'area del contratto da quella della legge. Legge e contratto, quindi, si collocano su piani diversi, ma tra essi esiste una sorta di gerarchia materiale, non assoluta ma relativa alle necessità di regolamentazione imperativa e uniforme di cui la legge può farsi carico. Così impostata la questione, non potrebbe riconoscersi al contratto collettivo quella

posizione di primarietà (né nel senso d'immediata sottoposizione alla Costituzione, né in quello di alternatività rispetto alla legge) che sarebbe necessaria per affermarne la «forza di legge».

L'insindacabilità dei contratti collettivi da parte della Corte costituzionale non esclude, comunque, il rispetto dei principi e dei diritti stabiliti dalla Costituzione (diritto di sciopero, diritto a una retribuzione sufficiente, pari opportunità, diritto al riposo ecc.). Ma la loro garanzia si trova innanzi all'autorità giudiziaria, tramite l'applicazione diretta della Costituzione e la capacità di quest'ultima di regolare i rapporti tra soggetti singoli e collettivi.



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna

### Introduzione: diritto processuale o procedure costituzionali?

*Diritto processuale costituzionale.* Il presente volume di questa *Giustizia costituzionale* è dedicato al c.d. *standing* o *standing right* di fronte alla Corte costituzionale nell'esercizio delle sue funzioni: instaurazione dei giudizi, rappresentazione delle posizioni soggettive e tutela dell'interesse generale, modalità di azione della Corte costituzionale, tipologia ed effetti delle decisioni ecc. In breve, è dedicato alle regole la cui applicazione rende la Costituzione *viva*, cioè posta nelle condizioni di svolgere la funzione di criterio di giudizio pratico per la risoluzione giudiziaria delle controversie costituzionali.

L'espressione *standing* può tradursi nel nostro linguaggio con «diritto processuale costituzionale». Si è già detto nel primo volume come e perché la giustizia costituzionale è l'altra faccia della Costituzione. Qui si può andare oltre e, in questo rapporto di reciproche implicazioni, inserire anche il diritto processuale costituzionale: Costituzione – giustizia costituzionale – diritto processuale costituzionale, e viceversa.

*Processi o procedure.* Per entrare in questa materia è utile la distinzione tra *processo* e *procedura*, tra *diritto processuale* e *diritto procedurale*.

a) Ogni questione processuale è la trascrizione, in termini di processo, di questioni attinenti a diritti soggettivi sostanziali. Un processo e, quindi, un diritto processuale, esistono dove la sequenza delle attività è indirizzata alla tutela dei diritti individuali che chiedono di essere fatti valere nel giudizio; dove l'attività del giudice è mossa esclusivamente dall'esercizio del diritto di azione e di difesa delle parti; e dove il soggetto giudicante non ha come ragione della sua azione la protezione di interessi pubblici estranei a quelli che provengono dalle prospettazioni delle parti. Carattere essenziale del diritto processuale è, dunque, la sua assoluta inderogabilità da parte dell'autorità giudiziaria, poiché esso è dettato non per il giudice, ma per chi si rivolge a lui con l'aspettativa che la sua azione non sia motivata da altro intento che dalla tutela dei diritti, secondo la legge.

b) Ogni questione procedurale, invece, può dirsi primariamente la trascrizione, in termini di procedura, di questioni attinenti all'esercizio di funzioni affidate all'organo procedente per l'assolvimento di «suoi propri scopi»: *suoi propri*, nel senso di scopi *superiori*, e non condizionati da intenti di altri soggetti. Questi possono essere coinvolti ma, se ciò avviene, è nell'interesse dell'organo e del buon esercizio della sua funzione. Mentre il diritto processuale è per sua natura inderogabile, non si può dire la stessa cosa per il diritto procedurale. Data la subordinazione funzionale della procedura all'interesse da perseguire, non è escluso che si possa riconoscere l'ammissibilità della deroga alle norme procedurali, quando tra il perseguimento del fine e l'uso del mezzo procedurale vi sia incompatibilità.

L'anzidetta distinzione circa il bene tutelato, a seconda che appartenga al processo o al procedimento, contiene *in nuce* tutti i caratteri che occorrono per costruire due sistemi normativi distinti: la giurisdizione di diritto soggettivo e la giurisdizione di diritto oggettivo. Occorre intendersi su queste formule.

a) La *giurisdizione di diritto soggettivo* è rivolta alla tutela di posizioni terze ed è, quindi, finalizzata a un interesse in cui il soggetto giudicante non è coinvolto attivamente. La sua estraneità rispetto agli interessi in gioco nel processo è una componente essenziale della sua posizione. Tuttavia, l'esistenza di soggetti, come sono i giudici, preposti alla risoluzione delle controversie tra parti portatrici di interessi particolari, dimostra che esiste un interesse pubblico per la cui protezione essi sono istituiti. Si tratta certo di un «interesse disinteressato», cioè la realizzazione del diritto nel caso controverso o, detto altrimenti, la risoluzione di controversie (non in modo qualsiasi ma) attraverso l'applicazione neutrale del diritto. I giudici, dunque, per quanto disinteressati rispetto agli interessi concreti che sono in gioco, sono, per così dire, *istituzionalmente interessati* alla realizzazione dei diritti attraverso il diritto. Così, nella giurisdizione di diritto soggettivo, garanzia dei diritti in senso soggettivo e garanzia del diritto in senso oggettivo combaciano. O meglio, si potrebbe dire che la garanzia del diritto oggettivo è ottenuta attraverso la garanzia dei diritti soggettivi e, al contrario, la garanzia dei diritti è ottenuta attraverso la garanzia del diritto oggettivo. Da qualunque parte si prenda avvio, il rapporto tra l'una e l'altra non è deviato dalla presenza di interessi diversi, estranei al circolo che le lega. *Per questo, il diritto che regola il processo decisionale del giudice è inderogabile.*

b) La *giurisdizione di diritto oggettivo* ha come finalità primaria la garanzia dell'ordinamento, e la protezione delle posizioni soggettive nel processo è solo un effetto secondario e riflesso della prima garanzia. In questa prospettiva, il giudice è il conduttore del processo attraverso adeguati poteri d'impulsi e direzione; la disposizione di mezzi di prova è ammessa *ex officio*; l'azione in giudizio è vista come mezzo di garanzia del diritto oggettivo e può considerarsi l'esercizio di una funzione in vista di un pubblico interesse. Essa, pertanto, può essere sottoposta alla previa valutazione di ammissibilità, onde verificarne la coerenza con l'interesse

pubblico cui il processo è preposto; oppure, può essere integrata dall'iniziativa del giudice quando non sia adeguata a tale interesse; i soggetti intervenienti nel processo, più che titolari di diritti, sono considerati collaboratori della giustizia amministrata dal giudice. *Per questo, il diritto che regola la posizione delle parti che intervengono nel processo decisionale, quando occorre, è derogabile dal giudice.*

La distinzione tra aspetti soggettivi e oggettivi della giurisdizione ha una storia concettuale, risalente alla riflessione di uno dei fondatori del diritto processuale civile in Italia, Giuseppe Chiovenda: il processo come luogo di confluenza del diritto oggettivo, del comando dello Stato, dell'autorità del suo funzionario, il giudice; il processo come luogo in cui il diritto soggettivo si trasfigura in diritto oggettivo e l'azione in giudizio come strumento che si distacca dall'interesse individuale per innestarsi nell'interesse dell'ordinamento dello Stato. Il processo, perciò, è visto come organizzazione autonoma di un aspetto della sovranità dello Stato ed è concepito come «un'impresa» del diritto oggettivo, messa in moto dal rapporto giuridico interindividuale, ma rivolto alla tutela dell'interesse impersonale della legalità<sup>1</sup>. Questa era una concezione del processo segnata dall'autorità del tempo in cui fu elaborata, se si vuole dire così: una concezione autoritaria al servizio dello Stato autoritario<sup>2</sup>. La questione è quale è l'«autorità» al cui servizio si può porre, oggi, questo genere di concezione: oggi è quella della Costituzione.

*Processo o procedura costituzionale?* Generalmente si ritiene che le regole dei giudizi costituzionali siano regole processuali speciali. Perciò tali regole sono interpretate attraverso estensioni delle categorie processuali generali. In tal modo si intendono diversi concetti importanti della giustizia costituzionale che si incontreranno nel seguito della trattazione, come «pregiudizialità costituzionale», «preclusione», «parti del giudizio», «giudicato costituzionale»: tutte nozioni derivate, con i necessari adattamenti, dal diritto processuale generale. Questa tendenza panprocessualistica d'impronta civilistica, risalente nel tempo, ha improntato di sé, fin dall'inizio, lo studio della nostra materia e può essere associata ai nomi, tra altri, di Piero Calamandrei<sup>3</sup>, Enrico Redenti<sup>4</sup>, Mauro Cappelletti<sup>5</sup>, Tullio Liebman<sup>6</sup>, Virgilio Andrioli<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> S. Satta, *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, pp. 1101 ss.

<sup>2</sup> G. Tarello, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione* (1977), in Id., *Dottrine del processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 241 ss.

<sup>3</sup> P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950; Id., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria* (1956), ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968 pp. 643 ss.

<sup>4</sup> T. Redenti, *Il «contraddittorio» davanti alla Corte costituzionale*, in Id., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, Giuffrè, 1962.

<sup>5</sup> M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957.

<sup>6</sup> T. Liebman, *Contenuto e efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in «Rivista di diritto processuale» 1957, pp. 513 ss.

<sup>7</sup> V. Andrioli, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in «Rivista di diritto pubblico», I, 1950, pp. 36 ss.

Tuttavia, l'impostazione anzidetta ha trovato correzioni o adattamenti rilevanti in diverse prospettive che possono dirsi, nell'insieme, costituzionalistiche. In tali orientamenti domina una visione oggettiva del giudizio costituzionale, quale istituto preposto essenzialmente alla garanzia di coerenza con la Costituzione dell'intero ordinamento giuridico e delle attività di rilevanza costituzionale. Questa tendenza porta a considerare la giustizia costituzionale come una sorta di «amministrazione della Costituzione», considera gli aspetti soggettivi dei giudizi costituzionali non come valori in sé ma come passaggi strumentali in vista della tutela dell'ordine costituzionale in generale. Se la concezione soggettiva si dimostra essere limitativa rispetto al compito generale dell'amministrazione della Costituzione e rispetto alla Corte stessa come «organo di chiusura», nella concezione oggettiva si è facilmente disposti a superare le «strettezze» e le limitazioni che quella concezione comporta. Se portata all'estremo, la concezione oggettiva coincide con l'uso procedurista delle norme che regolano i procedimenti di giustizia costituzionale. I nomi che stanno all'inizio di questo filone sono quelli di coloro che, pur con le tante differenze consentite dalle formule generiche della Corte come *organo di controllo costituzionale* (sent. n. 13 del 1960) e della sua funzione come *garanzia istituzionale*: tra altri, Carlo Esposito<sup>8</sup>, Vezio Crisafulli<sup>9</sup>, Costantino Mortati<sup>10</sup>, Paolo Barile<sup>11</sup>, Aldo Sandulli<sup>12</sup>, Franco Pierandrei<sup>13</sup>, Franco Modugno<sup>14</sup>, Enzo Cheli<sup>15</sup>.

Nella realtà della vita dell'istituzione-giustizia costituzionale, visione oggettiva e visione soggettiva sono destinate a convivere creando talora tensioni e contraddizioni pratiche. Cosicché, giudicando a partire da un punto di vista è facile denunciare come abusi del diritto ciò che, invece, a partire dall'altro punto di vista, appare legittimo. La consapevolezza di tale

<sup>8</sup> C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi* (1948), ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 269 ss.

<sup>9</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 1970.

<sup>10</sup> C. Mortati, *Corso di Istituzioni di diritto pubblico* (anno acc. 1948-1949, Appunti dalle lezioni), Padova, Cedam, 1949, pp. 388 ss. (e, successivamente, nelle numerose edizioni, *Istituzioni di diritto pubblico*). Di particolare significato, Id., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in «Foro italiano», 1970, V, pp. 157 ss.

<sup>11</sup> P. Barile, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1957.

<sup>12</sup> A. Sandulli, *La giustizia costituzionale in Italia*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1956; Id., *Natura ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla costituzionalità delle leggi*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1959; Id., *Sulla «posizione della Corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, *ivi*, 1960.

<sup>13</sup> F. Pierandrei, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura-effetti-esecuzione)* (1957), ora in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. III, 1964, pp. 99 ss.; Id., *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 968.

<sup>14</sup> F. Modugno, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, in «Rassegna di diritto pubblico», 1966, pp. 297 ss.

<sup>15</sup> E. Cheli, *Introduzione* a P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982.



convivenza, per quanto ineludibile, non deve però essere intesa nel senso che ogni «adattamento procedurale» possa e debba essere giustificato (e, dunque, supinamente accolto); certamente, l'impostazione originaria di fondo delle forme del nostro sistema di garanzia della Costituzione è di tipo giurisdizionale. Le deviazioni che nel corso dell'attività della Corte costituzionale vi sono state (e vi saranno) dovranno essere «comprese», ma non ogni comprensione è anche «giustificazione» né, tanto meno, «approvazione». La prospettiva del giudizio di diritto oggettivo, che è presente e ha le sue ragioni, non è un *passe-partout* per ogni genere di discrezionalità. Se mai, essa richiede un supplemento di giustificazione nel senso del diritto come istituzione.

Una teoria risalente – che qui si riesuma per il suo tentativo di superare le contraddizioni, sia pure attraverso una categoria concettualmente controversa – configura la giurisdizione costituzionale come «volontaria giurisdizione». «Di fronte a un atto lesivo delle libertà costituzionali, potrebbero in linea teorica concepirsi due tipi del tutto diversi di giurisdizione: una giurisdizione contenziosa, con processo a struttura bilaterale, nel quale il privato agisse per far applicare certe sanzioni contro quella che potrebbe chiamarsi l'autorità responsabile, la quale fosse convenuta in giudizio da chi volesse farla dichiarare responsabile per un atto costituzionalmente illecito e farla conseguentemente condannare ecc.; oppure, un tipo di giurisdizione volontaria, mancante della funzione di comporre un conflitto d'interessi in atto tra due o più parti e inteso invece allo scopo di conoscere l'irregolarità dell'atto». Solo il secondo modello sarebbe validamente applicabile al sistema vigente di giustizia costituzionale: «qui l'azione sarà esercitata non contro qualcuno – e non si avrà dunque struttura bilaterale del procedimento –, ma sarà il mezzo per chiedere a un giudice particolare, avente una posizione e poteri quanto mai singolari, di porre in atto delle modificazioni del mondo giuridico, che siano [...] idonee a soddisfare nel modo migliore un'esigenza che, se è propria del ricorrente, è però anche pubblica». «Da qui quel potere, il cui intervento non è obbligatorio, d'intervento nel processo di organi dello Stato [...] i quali interverranno non per proporre domande ma unicamente per esporre e provare fatti e ragioni: in una parola per farsi "sentire": e con ciò potranno difendere, se crederanno, la legittimità costituzionale dell'atto impugnato, ma potranno anche assumere una posizione favorevole al ricorso medesimo, perché il bene da salvaguardare sarà per essi e per l'individuo privato», non essendoci necessariamente ciò che caratterizza la giurisdizione contenziosa, cioè la lite<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 112 ss. E dello stesso A., *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in «Rivista di diritto processuale», 1956, pt. I, § 5 e Id., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, cit., pp. 20 ss.

## PARTE I. I CARATTERI GENERALI DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ SULLE LEGGI

**1. Controllo sulle leggi accentrato, diffuso, preventivo, successivo**

Il vigente sistema di controllo di costituzionalità sulle leggi è accentrato e *a posteriori*.

1) *Caratteristiche del controllo accentrato*. Il controllo accentrato in un organo *ad hoc* è stato scelto consapevolmente in alternativa all'altro sistema, detto «diffuso», vigente negli Stati Uniti d'America.

*Sul sistema «diffuso»*. Il controllo diffuso comporta la *disapplicazione della legge incostituzionale* da parte di ogni giudice, incidentalmente nell'ambito di ogni giudizio, con efficacia *inter partes*. Poiché nei giudizi comuni si tratta di questioni attinenti alle pretese delle parti, la disapplicazione della legge vale a difesa del diritto individuale contro la legge incostituzionale; il giudizio è «di diritto soggettivo»; la Costituzione assume efficacia diretta, come vera e propria legge, regolativa dei rapporti di cui si controverte davanti al giudice (significativo il fatto che le decisioni d'incostituzionalità, come ogni altra decisione giudiziaria, siano citate col nome delle parti, l'una contro – *versus* – l'altra). La legge incostituzionale è dichiarata nulla (*void*) e al suo posto il giudice farà applicazione diretta della Costituzione. Questa è la dottrina della *supremacy of the Constitution*, che fu alla base della pronuncia della Corte suprema del 1803 *Marbury v. Madison* (vol. I, pp. 23 ss.), e aprì la strada alla conseguente dottrina della *judicial supremacy*<sup>17</sup>. Il sistema di controllo *diffuso, incidentale e dichiarativo* della nullità della legge incostituzionale è il sistema detto di *judicial review of legislation*.

Il controllo di costituzionalità «diffuso», in Europa e in Italia specificamente, è stato preso in considerazione ma generalmente rifiutato, sulla base delle considerazioni che seguono. Esso avrebbe messo la legge «nelle grinfie» dei giudici e avrebbe comportato l'«esplosione» della forza normativa della Costituzione, applicabile direttamente nei rapporti giuridici, senza necessità di alcuna mediazione legislativa. Queste conseguenze del sistema diffuso sarebbero state destinate ad accentuarsi in presenza di carte costituzionali «lunghe» e di compromesso, come sono quelle degli stati pluralisti del Novecento. L'autorità della legge sarebbe stata seriamente messa in gioco, per di più di fronte a soggetti (i giudici) considerati strutturalmente inidonei a svolgere le valutazioni che l'interpretazione della Costituzione comporta<sup>18</sup>. A queste controindicazioni, si deve aggiungere l'incertez-

<sup>17</sup> C.G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley, University of California Press, 1932; E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis*, Paris, Giard, 1931, opera che ha esercitato grande influenza sul continente europeo, alimentando la diffidenza nei confronti del sistema statunitense di controllo di costituzionalità sulle leggi.

<sup>18</sup> Tale convincimento di inidoneità derivava da una valutazione storica contingente, con riguardo alla condizione della magistratura nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione, quando fu predominante un atteggiamento di chiusura nei confronti dei nuovi valori politici e giuridici ch'essa aveva sancito. Successivamente, attorno agli anni Settanta, si manifestò una tendenza di segno contrario, rivolta a quello che si disse l'«uso alternativo» dei principi costituzionali (primo fra tutti, il principio di uguaglianza: P. Barcellona [a cura di], *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma-Bari, Laterza, 1973) per mettere sottosopra le scelte del legislatore. La mancanza di equilibrio, le oscillazioni nemiche della stabilità e della continuità nella vita dell'ordinamento

za che avrebbe dominato nei rapporti giuridici sulla questione essenziale della validità della legge, validità che ogni giudice avrebbe potuto valutare secondo il suo punto di vista. Questo rischio parve essere argomento insormontabile contro l'adozione del sistema diffuso, in ordinamenti giuridici nei quali vale la libertà dei giudici sancita dal principio della loro soggezione esclusiva alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), con esclusione di quel fattore di coerenza giurisprudenziale che nei paesi anglosassoni è costituito dalla dottrina del «precedente vincolante» (o *stare decisis*) e dalle sue (per quanto elastiche) manifestazioni pratiche.

Il modello di controllo di costituzionalità adottato generalmente nell'Europa continentale comporta la riserva del controllo di costituzionalità a favore della giurisdizione di un organo *ad hoc*, secondo il sistema di *Verfassungsgerichtsbarkeit* (giurisdizione della Costituzione) adottato inizialmente nella Costituzione austriaca del 1929, ispirato da Hans Kelsen<sup>19</sup>.

Il sistema accentrato cerca un equilibrio tra due principi, la superiorità della Costituzione e la forza della legge, attraverso quello che è stato definito il *privilegio del legislatore*. Tale privilegio consta di questi due aspetti: *a*) il legislatore ha il «suo» giudice che opera attraverso procedimenti particolari, creati specialmente per tener conto delle caratteristiche del controllo di costituzionalità sulle leggi e delle esigenze politiche che in esso si fanno valere, determinando così il sorgere di una «giustizia speciale»: così come si volle un giudice *della* amministrazione, così qui si vuole un giudice *della* legislazione (dove il *della* esprime tutta la sua ambiguità); *b*) la legge è obbligatoria per tutti (giudici compresi), finché non è dichiarata incostituzionale dall'organo esclusivamente competente a controllarne la validità<sup>20</sup>.

La separazione della giustizia costituzionale da quella comune, con l'attribuzione della prima a un organo specialmente competente rispetto alle sole valutazioni circa la conformità della legge alla Costituzione, comporta una serie di conseguenze caratteristiche del controllo accentrato.

*a*) Il controllo di costituzionalità si svolge in un contesto procedimentale «di diritto obiettivo» (e non «di diritto soggettivo»). Il control-

(più che la generica «insensibilità» costituzionale dei giudici comuni, come si usa dire) sono dunque gli argomenti rilevanti contro il sistema diffuso di controllo costituzionale delle leggi.

<sup>19</sup> H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928); trad. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 192 ss. Sulle analogie e sulle differenze tra sistema americano e sistema europeo, soprattutto M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 49 ss.; A. Pizzorusso, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino e R. Morretti, *Garanzie costituzionali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. XXIX, Bologna-Roma, Zanichelli, 1983, pp. 7 ss., 24 ss.; A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in «Quaderni costituzionali», 1982, n. 3, pp. 521 ss.

<sup>20</sup> Circa il significato protettivo del legislatore, proprio del sindacato accentrato, R. Laconi, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente. VI: Commissione per la Costituzione. Adunanza plenaria*, Roma, Camera dei deputati, Segretariato generale, 1970, 1° febbraio 1957, pp. 292 s. Riteneva al contrario che il controllo diffuso, data l'efficacia solo *inter partes* delle dichiarazioni d'incostituzionalità, sarebbe stato «meno sconvolgente», rispetto alla tradizione costituzionale italiana e al valore che in essa assumeva la legge, L. Einaudi, *ibidem*, p. 290.

lo, infatti, tende primariamente ad assicurare la coerenza del sistema normativo e solo secondariamente, o per conseguenza, a proteggere le posizioni soggettive costituzionalmente garantite nei confronti della legge incostituzionale.

b) Le decisioni sull'incostituzionalità delle leggi possono assumere valore *erga omnes* (e non più solo *inter partes*), dato il carattere obiettivo del giudizio. Ciò permette di attribuire formalmente alle decisioni di incostituzionalità gli effetti di *contrarius actus* della legge, quasi che si tratti di «leggi negative». Ciò supera d'un sol colpo tutte le incertezze che sarebbero derivate dall'inesistenza del principio del precedente vincolante e assicura la certezza del diritto nella stessa misura in cui essa è garantita dalla legge.

c) Così come, dopo la dichiarazione d'incostituzionalità, la legge perde di efficacia nei confronti di tutti, allo stesso modo essa, prima di tale dichiarazione, è efficace nei confronti di tutti e nessuno può appellarsi a un suo vizio di incostituzionalità per metterne in dubbio l'obbligatorietà.

d) La «giurisprudenza costituzionale» viene unificata presso un solo soggetto, specialmente composto al fine di questa particolare funzione. Il «senso» e la «vita» della Costituzione sono così conferiti all'opera di un soggetto soltanto, particolarmente qualificato, e sono sottratti alle innumerevoli, possibili linee interpretative emergenti dalla giurisprudenza dei giudici comuni.

e) Il piano della Costituzione risulta tenuto nettamente distinto da quello della legge: sul primo, opera la Corte costituzionale; sul secondo, operano i giudici comuni, nell'ambito della funzione di garanzia della coerenza interpretativa svolta dalla Corte di cassazione<sup>21</sup>.

*Elementi di diffusività.* Quelli descritti sono i caratteri tipici di un giudizio di costituzionalità accentratore. Se si vogliono cogliere le peculiarità di quello radicatosi in Italia, però, devono mettersi in evidenza alcuni altri aspetti. Primo fra tutti, le caratteristiche dei metodi di instaurazione dei giudizi, i quali non sono una variabile indipendente, ma contribuiscono decisamente a configurare l'essenza del giudizio stesso.

La scissione logica e temporale al tempo dell'Assemblea costituente tra le scelte fondamentali relative al controllo accentratore (trascritte nel Titolo VI della Parte II della Costituzione) e le scelte relative ai meccanismi di instaurazione del controllo (contenute soprattutto nella l. cost. n. 1 del 1948) – scissione codificata, per quel che riguarda la distinzione delle fonti, dall'art. 137, primo comma, della Costituzione che rinvia a una legge costituzionale successiva (per l'appunto, la l. cost. n. 1 del 1948) la determinazione delle «condizioni, delle forme e dei termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale» –, non può infatti ergersi ad argomento a favore dell'irrelevanza del meccanismo di instaurazione nella ricostruzione della natura del vigente sistema di controllo di costituzionalità. Al contrario, la scelta a favore dell'instaurazione incidentale

<sup>21</sup> C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. I: Le ideologie del Costituente*, Milano, Giuffrè, pp. 70 ss.

del giudizio sulle leggi ha messo in crisi, in alcuni aspetti importanti, la «purezza», per così dire, dei caratteri del sistema accentrato, potendo e dovendo il giudizio essere promosso da iniziative «diffuse» provenienti dai giudizi pendenti di fronte ai giudici comuni. Questo innesto ha reso non più sostenibili alcuni caratteri del modello accentrato, astrattamente considerato, e ha inserito in esso alcuni aspetti del controllo diffuso.

A ciò deve aggiungersi il dovere di ciascuna autorità giudiziaria (quindi, non solo più della Corte costituzionale) dell'*interpretazione conforme* alla Costituzione: come vedremo ampiamente (sia in questo capitolo sia in quello relativo alle decisioni), ogni giudice, prima di sollevare incidentalmente la questione di legittimità costituzionale, è tenuto a verificare se dalla disposizione legislativa sia possibile ricavare un significato conforme ai principi costituzionali; solo quando ritenga che nessuna armonizzazione alla Costituzione sia possibile, può (anzi, deve) sollevare la questione.

Questi aspetti del sistema adottato in Italia hanno certamente accorciato le distanze tra il sistema «accentrato» come originariamente concepito e il sistema diffuso<sup>22</sup>, ma non le ha del tutto eliminate<sup>23</sup>. L'inserimento dell'iniziativa incidentale nel sistema accentrato ha messo in discussione aspetti essenziali di questo tipo di controllo, circa il coinvolgimento dei giudici comuni nella giustizia costituzionale, il depotenziamento della forza della legge e i caratteri della legge incostituzionale prima della dichiarazione della sua invalidità da parte della Corte costituzionale, gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità ecc. Il canone dell'interpretazione conforme e l'obbligatorietà del suo esperimento sono certamente conseguenze della diffusione dei valori costituzionali e della capacità della Costituzione di operare come regola diretta nei rapporti giuridici (e quindi del superamento della distanza tra la Costituzione e la legge). Ma restano comunque fermi altri aspetti del sindacato accentrato, quelli che riguardano l'organo competente, il procedimento, la portata delle decisioni<sup>24</sup>. Per quanto indiscutibile il ruolo svolto dai giudici nella diretta applicazione delle disposizioni costituzionali, non può essere trascurata la differenza tra la dichiarazione di incostituzionalità di una legge, da parte della Corte costituzionale, e l'accertamento dell'impossibilità dell'interpretazione conforme, da parte dei giudici comuni: la prima, con effetti generali e retroattivi; il secondo, con la necessaria conseguente proposizione della questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale.

<sup>22</sup> C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in Id., *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, p. 267.

<sup>23</sup> Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale*, cit., pp. 521 ss.; F. Modugno, *La Corte costituzionale oggi*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, in onore di Vezio Crisafulli. I: *Sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, p. 537.

<sup>24</sup> R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione*, relazione al Convegno annuale AIC, «La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa», Roma, 27-28 ottobre 2006, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni); A. Pizzorusso, *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), n. 2/2007. Riserve in G.U. Rescigno, *Comunicare, comprendere, interpretare nel diritto*, in «Diritto pubblico», 2009, pp. 687 ss.

2) *Caratteri del controllo «a posteriori»*. Il controllo *a posteriori*, portato sulla legge vigente, si contrappone al controllo *a priori*, portato sulla legge anteriormente all'entrata in vigore.

*Il controllo «a priori»*. Vi sono sistemi in cui il controllo di costituzionalità si inserisce nel procedimento di formazione della legge, impedendone la promulgazione quando l'esito sia negativo. Dopo che la legge sia stata promulgata, al contrario, di regola, non sono previsti altri mezzi di controllo della costituzionalità. Si tratta di una *controllo astratto*, sulla legge per come è scritta, piuttosto che sulla legge per come è applicata. È un sistema che si caratterizza per la sua semplicità<sup>25</sup>, non fosse altro perché esclude per definizione il problema del ripristino di una situazione conforme alla Costituzione e della rimozione degli effetti determinati dalla legge incostituzionale. Il referente del controllo di costituzionalità è essenzialmente e prima di tutti il legislatore, il quale potrà modificare la legge per superare lo scoglio, oppure superare la stessa decisione d'incostituzionalità, se lo ritiene, modificando la Costituzione. Il controllo *a priori*, dato il suo essenziale riferimento al (solo) legislatore, tende a isolare il controllo di costituzionalità in un ambito separato dall'ordinaria vita applicativa del diritto, non agevolando l'assunzione da parte della Costituzione di una piena efficacia in tutte le articolazioni dell'ordinamento giuridico, come regola di rapporti direttamente applicabile. Sono queste le ragioni che hanno indotto, in Francia – la patria del controllo *a priori* –, all'approvazione della legge di revisione costituzionale n. 2008 – 724, il cui art. 61-1<sup>26</sup> introduce, senza sostituire il controllo preventivo, un sistema di controllo successivo in via incidentale<sup>27</sup>. Si è così attenuato quell'atteggiamento di riluttanza, di cui il sistema di controllo originariamente scelto era espressione, ad ammettere, in ossequio al mito della sovranità parlamentare di origine rivoluzionaria, che la legge, una volta perfezionato il suo *iter* e una volta entrata in vigore, potesse essere contestata e, eventualmente, cassata.

In Italia si è preferito un sistema di controllo *a posteriori*, poiché si è presa in considerazione la legge non in modo astratto (la legge per quel che potenzialmente dispone) ma in modo concreto (la legge per quel che effettivamente dispone, in relazione ai casi concreti su cui i giudici sono chiamati a decidere). Il controllo di costituzionalità è così agganciato all'applicazione del diritto, attivabile in qualunque momento dopo l'entrata in vigore della legge, e anche ripetutamente. In questo modo, il controllo di costituzionalità si lega strettamente all'evoluzione dell'ordinamento

<sup>25</sup> J. Rivero, *Rapport de synthèse al Colloque international su La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, Aix-en-Provence, 19-21 febbraio 1981, in «Revue internationale de droit comparé», 1981, n. 2, pp. 659 ss. e ora in L. Favoreu, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982, pp. 517 ss.

<sup>26</sup> Art. 61-1: «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article».

<sup>27</sup> Sul tema si rinvia al recente lavoro di T. Di Manno, *La QPC, une question incidente de constitutionnalité «à la française»*, in C. Decaro, N. Lupo e G. Rivoecchi (a cura di), *La manutenzione della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 5 ss.

giuridico di cui è spesso uno dei più potenti fattori di trasformazione. La possibilità di chiedere e richiedere in ogni momento l'intervento della Corte costituzionale consente di provocare continui aggiustamenti della legge alla Costituzione, sottoposta anch'essa a letture che progrediscono nel tempo. Questa esigenza di aderenza alla «vita del diritto» si è considerata prevalente rispetto alle complicazioni e all'instabilità che deriva dalla possibilità che leggi, vigenti da molti anni e talora già una volta uscite indenni dalla Corte costituzionale, possano poi essere poste nel nulla da una successiva decisione di incostituzionalità.

La «semplicità» del giudizio preventivo fu alla base della proposta, avanzata in occasione della riforma costituzionale del 2016, di introdurre, tra le competenze della nostra Corte costituzionale, il controllo di legittimità costituzionale preventivo sulle leggi elettorali. Una proposta bloccata dall'esito negativo del referendum costituzionale del dicembre 2016, ma che può ancora avere margini di interesse, una volta che si volessero evidenziare le peculiarità della legge elettorale rispetto a qualunque altra legge ordinaria (sul punto, si tornerà *infra* in questo stesso capitolo e nel cap. 7 relativo al giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo).

## **2. I sistemi di instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi. Sguardo d'insieme**

Le modalità di accesso alla Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi assumono una particolare importanza ai fini della comprensione, in generale, dello spirito del giudizio sulle leggi.

Il compito della Corte costituzionale è volto, in ultima istanza, a rendere effettiva la supremazia della Costituzione sugli atti legislativi, nell'ambito della generale funzione di «garanzia costituzionale» che a essa è affidata (sent. nn. 1 del 1959; 48 del 1961; 59 del 1960). Analiticamente, però, importa sapere quando e come ciò possa avvenire, attraverso l'iniziativa di quali soggetti, portatori di quali interessi specifici. L'iniziativa è, per così dire, un filtro che colora di significato il complessivo sistema di controllo della costituzionalità delle leggi. Sono immediatamente intuibili le differenze derivanti dall'iniziativa di organi costituzionali titolari di funzioni di indirizzo politico, di organi neutrali dell'apparato dello Stato, di organi pubblici posti a mezzo tra il diritto dello Stato e i diritti dei cittadini (come i giudici); oppure, dall'iniziativa del potere centrale contro quelli decentrati e viceversa, di soggetti politici come i partiti o i gruppi parlamentari; oppure, ancora, di organi espressamente creati con la funzione di pubblica accusa presso la Corte nei confronti delle leggi; oppure, infine, dall'iniziativa dei cittadini, come singoli o come associazioni. Ancora: diverso è il significato del controllo di costituzionalità sulle leggi se esso è o non è subordinato alla lesione di posizioni soggettive, e quindi a un interesse concreto. Per quanto il giudizio della Corte possa concepirsi in generale come garanzia della Costituzione, la natura degli interessi da cui dipende la sua attivazione influisce sul significato dello stesso controllo di costituzionalità. Instaurazione del giudizio e giudizio

non risultano scindibili, anche dal punto di vista della comprensione della natura del sistema di giustizia costituzionale.

Si avrà modo di constatare come non sia possibile separare i due momenti, poiché in una serie di casi è inevitabile la tendenza, e in altri la necessità, di far rifluire i caratteri dell'uno (il tipo di giudizio davanti alla Corte) in quelli dell'altro (il tipo di iniziativa innanzi alla Corte), per coordinarne le valenze. Tutto ciò in Italia – poiché i problemi dell'iniziativa e quelli del giudizio sono stati affrontati dal legislatore in momenti separati, sia materialmente (in testi legislativi diversi), sia anche concettualmente (per esempio, l'efficacia delle decisioni che dichiarano l'incostituzionalità delle leggi è stata stabilita indipendentemente dai caratteri del sistema di accesso alla giustizia costituzionale, come se si trattasse di questioni completamente autonome) – pone non pochi problemi ricostruttivi in una materia quanto mai sdruciolevole e continuamente sottoposta all'azione modellatrice delle esigenze che i casi concreti sollevano. D'altro canto, la configurazione della fase di instaurazione del giudizio e l'individuazione dei soggetti idonei a promuoverla dipendono non solo da una scelta razionale circa gli interessi cui si vuol consentire l'ingresso al giudizio costituzionale, ma altresì da preoccupazioni connesse alla misura dell'incidenza della funzione di giustizia costituzionale nel complesso del sistema costituzionale. Quanto più le vie di accesso sono larghe, tanto maggiore potrà essere l'influenza della giustizia costituzionale nel processo politico (anche se un eccesso può sortire l'effetto opposto, di degradarla a un compito di *routine*); quanto più la Corte è a contatto con iniziative politiche di parte, tanto più il suo ruolo sarà «compromesso» nella lotta politica; quanto più il suo intervento è lontano nel tempo dall'approvazione della legge, tanto più la sua funzione apparirà come quella di una garanzia politicamente neutra ecc.

Queste considerazioni – in un sistema artificiale come è il nostro, creato *ad hoc* e non germinato all'interno di una spontanea evoluzione di istituti esistenti e operanti secondo una loro propria logica istituzionale (come è, invece, nel caso del controllo diffuso) – spiegano il fatto che nessun mezzo di accesso alla Corte ha dalla sua una qualche ragione «naturale». La discussione di questi argomenti deve tener conto di molteplici elementi (gli interessi che muovono l'iniziativa, i caratteri del giudizio in sé considerato, il ruolo attribuito alla Corte, il suo rapporto con gli altri organi costituzionali), tra cui deve cercarsi un equilibrio, per l'appunto, «artificiale». Perciò, nessuna meraviglia se, come si avrà occasione di notare frequentemente, le stesse soluzioni offerte dalla Corte costituzionale appaiono talora più la somma di orientamenti ed esigenze parziali che la conseguenza di generali e coerenti visioni d'insieme del sistema di controllo sulle leggi. E nessuna meraviglia, soprattutto, se la prevalenza di certi elementi su altri possa storicamente variare, attraverso nuove combinazioni dei molteplici fattori che concorrono alla cangiante fisionomia di questo istituto.



### 3. I procedimenti di instaurazione adottati: caratteri generali

I procedimenti per l'instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi adottati nel nostro ordinamento sono due. Il primo è la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, rilevata d'ufficio o sollevata dalle parti nel corso di un giudizio (art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948). Il secondo è la questione di legittimità costituzionale promossa dal governo su leggi e statuti regionali e, viceversa, promossa dalle Regioni su leggi e atti aventi forza di legge dello Stato (artt. 123, secondo comma, e 127 Cost.).

Le caratteristiche di base dei due procedimenti sono le seguenti.

a) Il primo è mosso *in via incidentale o di eccezione*, poiché la questione di costituzionalità si pone non già di per sé, ma come incidente o eccezione in senso processuale, nel corso di un procedimento giudiziario; è *concreto*, poiché la legge viene in considerazione nel momento e a causa della sua applicazione; è *generale*, potendo riguardare tutte le leggi nel momento della loro applicazione; infine, è *indisponibile*, perché il giudice (il giudice *a quo*), quando ne ricorrano le condizioni, è tenuto a promuoverlo.

b) Il secondo procedimento è promosso *in via principale o di azione*, poiché la questione è posta con una procedura autonoma, non inserita in altra procedura; è *astratto*, poiché le leggi impugnate vengono in considerazione per ciò che prescrivono, indipendentemente dalle loro applicazioni concrete; è *specifico*, essendo operante non contro l'incostituzionalità delle leggi in generale, ma contro la loro incompetenza; è infine *disponibile*, poiché gli enti coinvolti «possono», non «devono» far uso del loro potere di ricorso.

I mezzi di accesso sono limitati ai due anzidetti. Talora si affaccia l'eventualità di una loro moltiplicazione, anche sull'esempio dei più complessi tra i sistemi stranieri di giustizia costituzionale (in Europa, soprattutto quelli della Germania federale e della Spagna). Tra le carenze che più sono avvertite c'è quella del ricorso individuale, da parte di singoli soggetti (individuali o collettivi) a difesa di posizioni giuridiche immediatamente lese dalla legge incostituzionale (si tratta della *Verfassungsbeschwerde* tedesca e del ricorso di *amparo* spagnolo)<sup>28</sup>. Questi strumenti – indirizzabili non solo contro le leggi, ma contro gli atti pubblici che comunque attentino a diritti costituzionali – servono a mettere in primo piano l'esigenza di tutela delle posizioni soggettive del singolo, tutela alla quale consegue l'eliminazione della legge (o dell'atto) incostituzionale. Nel nostro ordinamento, vale normalmente il contrario: la tutela delle posizioni soggettive lese dalla legge incostituzionale consegue, come effetto secondario, all'eliminazione della legge incostituzionale. Ciò comporta notevoli inconvenienti (come, per esempio, la scarsa tempestività della tutela dei singoli, la difficoltà di reagire all'applicazione incostituzionale di leggi pur potenzialmente conformi alla Costituzione ecc.), ai quali si cerca di supplire in modi spesso indiretti e non sempre soddisfacenti. Un'altra possibile integrazione, poi, riguarda il ricorso di minoranze parlamentari,

<sup>28</sup> P. Passaglia, *Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: qualche riflessione (ed una provocazione)*, [http://joomla.ddp.unipi.it/documenti/persdoc/contri-burti/Ricorso\\_diretto\\_individuale.pdf](http://joomla.ddp.unipi.it/documenti/persdoc/contri-burti/Ricorso_diretto_individuale.pdf).

presente in altri ordinamenti, che in Italia è talora evocata come elemento di quello che si denomina l'auspicato «statuto delle opposizioni»<sup>29</sup>.

## PARTE II. IL GIUDIZIO INCIDENTALE

### 4. L'origine giudiziaria della questione incidentale

La questione incidentale deve sorgere «nel corso di un giudizio dinanzi a un'autorità giurisdizionale» (artt. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 e 23 della l. n. 87 del 1953).

Il procedimento incidentale esclude l'accesso diretto alla Corte costituzionale. La difesa delle posizioni soggettive e l'interesse all'eliminazione delle leggi incostituzionali devono essere «mediati» dal processo. Questa non è però solo un'indicazione spazio-temporale circa il dove e il quando delle questioni incidentali. Essa indica altresì un particolare rapporto tra il processo e la questione. Il processo è da configurarsi (almeno, dovrebbe configurarsi) non come pura e semplice *occasione*, ma come radice e ragion d'essere della questione. Prima di esaminare perché e come la questione può sorgere nel processo, e quindi cercare di chiarire il senso dell'affermazione che precede, occorre precisare il significato che ha in generale l'origine giudiziaria delle questioni di incostituzionalità incidentali.

*La posizione di intermediarietà del giudice «a quo».* Tra le diverse prospettive dalle quali si può guardare al giudice e al giudizio, qui interessa soprattutto sottolineare la *posizione di intermediarietà* tra la sfera politica e quella dei diritti individuali, entrambe previste e garantite dalla Costituzione. Il momento della giurisdizione è quello in cui vengono a contatto la *lex*, il diritto dal punto di vista del «politico», e gli *iura*, i diritti dal punto di vista dei singoli, l'una e gli altri dovendo trovare un punto di contemperamento. Il giudizio è così il luogo d'incontro dello Stato-autorità e dello Stato-comunità, presso un soggetto, il giudice, che è imparzialmente collocato tra l'uno e l'altro, non essendo agente esclusivo né nell'interesse della *lex*, né nell'interesse degli *iura*. La questione di costituzionalità nascente dal processo è lo strumento per illuminare le antinomie che in quel momento possono determinarsi e chiedere a chi può risolverle (la Corte costituzionale) che vengano risolte.

Questa prospettazione è utile prima di tutto perché consente di cogliere il *contrasto latente* che la questione di costituzionalità normalmente cela, dietro un'organizzazione del processo costituzionale che è principalmente «di diritto obiettivo», in quanto finalizzato all'interesse all'eliminazione della legge incostituzionale, cioè alla coerenza del sistema normativo, ma è mosso dall'interesse alla tutela delle posizioni soggettive che danno materia ai giudizi da cui è promossa la questione d'incostituzionalità. Il contrasto anzidetto, tuttavia, emerge in diversi momenti del giudizio inci-

<sup>29</sup> L. Mezzetti, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli, 1992.

dentale. Esso, per esempio, presenta aspetti di «giudizio di parti», quindi di giudizio «di diritto soggettivo», ma anche altri di giudizio officioso «senza parti», cioè «di diritto oggettivo». La tensione tra questi due lati si riverbera non solo sulla configurazione del controllo di costituzionalità delle leggi come funzione intermedia tra diritto in senso oggettivo e diritti in senso soggettivo, ma anche sull'applicazione delle stesse regole processuali (*supra*, pp. 83 ss.).

*Che cosa deve intendersi per «giudice» e «giudizio»: difficoltà definitorie.* Le osservazioni anzidette circa il carattere di «intermediarietà» possono valere a orientare (anche se non a raggiungere direttamente) la soluzione del problema definitorio di «giudice» e «giudizio», nei non pochi casi dubbi testimoniati dalle numerose pronunce della Corte costituzionale sull'ammissibilità di questioni incidentali dal punto di vista della loro origine giudiziaria.

Dall'attività di predisposizione normativa, nella quale si esprime il processo di integrazione delle forze politiche e sociali secondo un movimento ascendente, deriva l'attività di «esecuzione», secondo un movimento discendente, di nuovo verso i soggetti sociali, a opera di apparati pubblici vincolati alla legge. Nella categoria dell'esecuzione del diritto rientrano, come due specie, l'amministrazione e la giurisdizione e si tratta di due specie non sempre distinguibili con tagli netti.

Può essere utile considerare l'arco delle situazioni: dalla giurisdizione contenziosa alla «giurisdizione volontaria»; dall'attività preparatoria all'esercizio della giurisdizione, come quella istruttoria e probatoria, all'attività di esecuzione delle decisioni dei giudici; dall'attività di controllo e consultiva a quella amministrativa contenziosa che si esprime in decisioni, fino all'amministrazione non contenziosa e autoritativa. Fra gli estremi, in cui i caratteri che la scienza giuridica ritiene tipici dell'amministrazione e della giurisdizione si trovano realizzati nella loro pienezza, esiste un'ampia zona grigia che si può definire «quasi-giurisdizionale», i cui caratteri sono ambigui.

La difficoltà definitoria nasce dalla circostanza che la distinzione tra le due forme di «applicazione» del diritto ha radici storiche e pragmatiche, non concettuali. I concetti riflettono la realtà, ma questa non è determinata da quelli. Dall'indistinto concetto di esecuzione della legge, gestita da funzionari inseriti nel corpo dell'amministrazione facente capo al governo, si sono staccati e differenziati più o meno nettamente settori di funzioni e di apparati separati, e ciò è avvenuto per esigenze pratiche, e non per obbedire ad astratti imperativi categoriali. Per questo motivo non ha molto senso andare alla ricerca di un concetto *a priori* di giurisdizione e posarlo, poi, come un calco sulle diverse situazioni che la realtà ci mostra. In realtà, diffuse pratiche esigenze hanno spinto sovente verso una direzione, per dire approssimativamente, giurisdizionale e ciò è avvenuto con diversa intensità e rispetto ad aspetti non sempre coincidenti. Questo spiega le zone grigie, l'esistenza di situazioni ibride, l'improduttività dei tentativi, unilaterali e metodologicamente incongrui, di isolare «il» concetto giurisdizione.

Il «distacco» della giurisdizione dall'amministrazione ha avuto luogo prima di tutto nel diritto civile in relazione alle liti tra i privati, per la cui risoluzione lo Stato mette a disposizione degli interessati una propria istanza imparziale e una procedura neutrale. Poi, analogo schema si è esteso all'ambito del diritto penale, trasformando la «potestà punitiva» dell'amministrazione, la potestà cioè di irrogare pene unilateralmente, in «pretesa punitiva», cioè nel diritto potestativo (poi diritto-dovere) di azione di fronte a un soggetto imparziale e attraverso una procedura neutrale, per chiedere l'irrogazione di quelle pene che l'amministrazione non può più gestire da sé. Infine, analoga esigenza d'imparzialità soggettiva e neutralità procedimentale si è progressivamente estesa alle controversie originate dall'esercizio dell'attività amministrativa, essendosi riconosciuto ai privati il potere di instaurare un contenzioso, da pari a pari, di fronte a un soggetto imparziale e con procedure neutrali, contro gli atti della pubblica amministrazione. Qui non si è giunti – analogamente a ciò che è avvenuto invece nel campo penale – a sostituire la «potestà amministrativa», caratterizzata dall'esecutorietà dei provvedimenti, con una mera «pretesa amministrativa» di un atto conforme alla legge e agli intenti dell'amministrazione, di fronte a un soggetto terzo, imparzialmente chiamato a valutare secondo legge le ragioni dell'amministrazione stessa di contro a quelle dei privati. L'amministrazione, insomma, non è stata degradata a parte, ma appare tuttora un «tutto», sebbene contestabile in giudizio.

Ciononostante, anche nel campo dell'amministrazione, per ragioni (che non è dato qui indagare analiticamente) che si collegano comunemente al bisogno, caratteristico dello «Stato di giustizia» contemporaneo, di adeguatezza e proporzionalità alle condizioni concrete dell'agire dei pubblici poteri, si sono fatte strada esigenze d'imparzialità di fronte agli interessi pubblici e privati in gioco, di temperamento ragionevole delle aspettative di coloro che la decisione amministrativa coinvolge, di uso non soggettivo della discrezionalità; in una parola: esigenze di «oggettività». Tali esigenze hanno modificato profondamente in molti campi il volto dell'amministrazione, chiamandola a un ruolo non più riconducibile al semplice servizio di un indirizzo politico-amministrativo impresso dagli organi di governo. Questo superamento è avvenuto in due direzioni: attribuendo le funzioni amministrative «obiettive» o a organi dell'amministrazione resi indipendenti e operanti secondo procedure imparziali (si pensi alle funzioni amministrative di controllo, a quelle consultive, a quelle della cosiddetta «amministrazione giustiziale», a quelle eterogenee delle cosiddette «autorità indipendenti»); oppure, direttamente, a organi della giurisdizione, secondo le procedure loro proprie.

La «zona grigia» in cui sorgono i maggiori problemi è appunto questa: la «giurisdizionalizzazione» soggettiva e procedimentale dell'amministrazione e l'«amministrativizzazione» oggettiva (o funzionale) della giurisdizione. In tutti questi casi possono mancare o essere attenuati alcuni dei caratteri normali della giurisdizione; della giurisdizione, per così dire, a pieno titolo: per esempio, la «terzietà» dell'organo, il quale può presentare legami genetici con l'amministrazione; la stabilità della decisione, che non sempre coincide con l'efficacia tipica del «giudicato»; la dipendenza esclusiva dalla legge e la totale indipendenza da altre istanze pubbliche; il carattere pienamente contenzioso del procedimento; l'impulso di parte ecc. Le possibili carenze su questi punti potrebbero essere sintomo insuperabile del carattere non giurisdizionale dell'organo o del procedimento solo assumendo della giurisdizionalità un concetto astratto

(con le insuperabili difficoltà che nascerebbero quando si volesse imporre una concezione su tutte le altre).

La «ratio» dell'incidentalità per una valutazione caso per caso. Solo riconoscendo che il problema qui discusso ha una natura non concettualistica, si comprende perché si debba procedere pragmaticamente, ricorrendo caso per caso non alla sovrapposizione alla realtà di astratte formule preformate, ma alla discussione a partire dalle esigenze concrete, tenendo conto della *ratio* su cui il riferimento alla giurisdizione, nel controllo di costituzionalità sulle leggi, si basa. Occorre, cioè, chiedersi qual è la *ratio* del sistema incidentale e da ciò argomentare per ricostruire la nozione di giudice e di giurisdizione adeguata a tale sistema. Occorre, cioè, rovesciare l'impostazione e, invece di domandarsi che cosa siano in sé il giudizio e la giurisdizione, cercare di stabilire, nella «zona grigia» di cui si è detto, le condizioni in presenza delle quali può dirsi esistente la *ratio* dell'incidentalità. In una prospettiva come questa, si deve ammettere la possibilità che le condizioni di «giurisdizionalità» richieste a certi fini possano non coincidere con quelle richieste ad altri fini, nella specie la proposizione della questione incidentale di legittimità costituzionale.

Ecco, allora, il *primo punto* di arrivo: la possibilità che la giurisdizionalità sia riconosciuta *ai fini* o, come talora si dice, *ai limitati fini* della proposizione della questione incidentale, senza pregiudizio di diversa qualificazione ad altri fini.

Questo criterio si presta a estendere la base di partenza delle questioni incidentali, in vista di un controllo di costituzionalità adeguato alla «copertura» nella misura più larga l'insieme dell'ordinamento giuridico (possibilità che è conforme alle esigenze poste dal «principio di costituzionalità» come possibilità di controllo della legislazione tutta intera, senza «zone franche»). Ma, questa estensione non è senza limiti, connessi al carattere *di intermediarietà* di cui si è detto.

Ecco il *secondo punto*: procedimenti puramente interni all'organizzazione dello Stato, per quanto davanti a organi imparziali, come quelli di controllo, non sono sedi idonee alla proposizione delle questioni di costituzionalità, poiché in essi non si verifica il contatto necessario tra le esigenze della legge e le esigenze dei diritti, ciò cui si ricollega, come s'è detto, la *ratio* fondamentale dell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi.

Così, si giunge al *terzo punto*. Nessuna pronuncia su posizioni soggettive dei singoli, specialmente se si tratta di pronunce idonee a divenire irrimediabili, cioè ad assumere un'efficacia definitiva, analoga a quella del «giudicato», può venire da organi cui non spetti la legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità sulle leggi da applicare, affinché sia in questo modo possibile verificarne la validità, cioè il giusto temperamento delle esigenze della *lex* con la garanzia degli *iura*.

## 5. La determinazione caso per caso della giurisdizionalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Il principio di relatività del concetto di giudice e giurisdizione è pienamente accolto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Questa ha seguito un orientamento eclettico, fatto di tanti «spunti» o «sintomi» che si prestano a combinazioni alquanto libere e a conclusioni non rigidamente obbligate<sup>30</sup>.

*Alternatività o cumulo dei requisiti soggettivi e oggettivi.* La relatività del requisito di giurisdizionalità e la necessità di atteggiamenti «aperti» verso la prospettazione di questioni di costituzionalità sono state affermate a chiare lettere dalla Corte costituzionale, in pronunce che sfuggono agli schemi concettuali rigidi, che spesso sono apparse non giustificate a coloro che ragionano ricercando nozioni di giurisdizione *a priori*<sup>31</sup>. Nella sentenza n. 129 del 1957, importante per aver segnato il successivo orientamento della Corte, si afferma che i termini usati dalla legge (*giudice, giudizio, causa* ecc.) sono adoperati «in maniera generica e con vario significato»; pertanto, il dato testuale non sarebbe di ostacolo a ritenere che «il sistema costituito dalla Costituzione e dalle leggi che la integrano comporta che tutte le volte che l'autorità giurisdizionale chiamata ad attuare la legge nel caso concreto, cioè a esercitare giurisdizione, dubiti fondatamente della legittimità costituzionale di questa, deve sospendere il procedimento e trasmettere gli atti all'organo costituzionale, che è il solo competente a risolvere il dubbio». Infatti, si aggiunge, «se è vero che il nostro ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale all'esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che il preminente interesse alla certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e di processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati) si traggano conseguenze così gravi» come l'esclusione della questione incidentale. Come a ribadire che il principio di costituzionalità e le finalità generali del giudizio di costituzionalità (la garanzia della Costituzione rispetto alle leggi) possano influire sulla configurazione della fase di avvio di questo.

Ciò ha indotto a letture non restrittive del primo comma dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, al punto da teorizzare, sebbene in casi limitati,

<sup>30</sup> V. Onida, *Giurisdizione e giudici nella esperienza della Corte costituzionale*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 193 s.

<sup>31</sup> Sintesi in V. Crisafulli, *In tema di instaurazione dei giudici incidentali di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, 4 voll., Padova, Cedam, 1973, vol. IV, pp. 2790 ss.; Id., *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, Cedam, 1984, pp. 267 ss.; V. Onida, *Note critiche in tema di legittimazione del giudice «a quo» nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (con particolare riferimento alla Corte dei conti in sede di controllo)*, in «Giurisprudenza italiana», IV, 1968, cc. 254 ss.

la sufficienza, ai fini della proponibilità della questione, della giurisdizionalità soggettiva oppure di quella oggettiva – e, quindi, della non necessaria compresenza di entrambi i requisiti (sent. n. 83 del 1966). Sulla base di tale orientamento sono stati considerati, da una parte, «*autorità giurisdizionale* anche organi che, pur estranei all'organizzazione della giurisdizione e istituzionalmente adibiti a compiti di natura diversa, sono tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, e all'uopo posti in posizione *super partes*; e [dall']altra a conferire carattere di giudizio a procedimenti che, quale che sia la loro natura e le modalità di svolgimento, si compiono però alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale». Tuttavia, esiste un limite all'espansione della nozione di giudice e autorità giurisdizionale: occorre che il soggetto sia titolare di «poteri decisori». Per quanto l'organo sia pacificamente un giudice inserito nell'organizzazione dell'ordine giudiziario, la funzione che non si esplica attraverso «decisioni» sarà certamente non giurisdizionale, e quindi non si potranno avere, da quella sede, questioni incidentali di legittimità costituzionale.

In applicazione di questi criteri, la Corte ha ammesso, per esempio, la proposizione di questioni incidentali dalla volontaria giurisdizione (sent. nn. 129 del 1957 e 24 del 1958); dall'istruzione del processo civile dinanzi al giudice istruttore (nn. 62 del 1966; 90 del 1968; 125 del 1980); dal giudice di sorveglianza sull'esecuzione delle pene (nn. 53 del 1968; 110 e 204 del 1974; 103 del 1984); dal giudice di rinvio (ord. nn. 11 del 1999 e 173 del 2008, e sent. nn. 257 del 1994 e 293 del 2013). Ma ciò non le ha impedito di escludere la legittimazione a sollevare a organi, pur talora composti da magistrati, come gli uffici elettorali circoscrizionali (nn. 216 del 1972 e 387 del 1996).

*Oscillazioni.* Tale orientamento, sebbene non disconosciuto espressamente dalla Corte, sembra tuttavia sostituito da uno attuale, più rigoroso, che afferma la necessaria compresenza di entrambi i requisiti soggettivo (giudice) e oggettivo (giudizio), nei tanti casi in cui ai giudici sono attribuiti compiti non giurisdizionali, ma di controllo, verifica, certificazione ecc. È quanto è stato affermato nella sentenza n. 387 del 1996 (a proposito del Collegio centrale di garanzia elettorale presso la Corte di cassazione), nell'ordinanza n. 6 del 2008 (a proposito del giudice del registro delle imprese) e nella sentenza n. 164 del 2008 (a proposito della Corte d'appello in sede di verifica dei risultati di referendum regionali su «leggi statutarie», competente per la «mera attività materiale di conteggio», per una «semplice funzione di carattere formale» di natura certificativa). Il solo requisito soggettivo non è (più) apparso sufficiente: «l'intervento di un magistrato, di per sé solo, non è idoneo ad alterare la struttura di un procedimento e a connotarlo per ciò stesso quale “giudizio” [...], restando escluso che ciò accada nel caso in cui tale intervento consista nello svolgimento di una funzione di carattere formale [...]». Perché possa ritenersi una questione sollevata nel corso di un «giudizio», «l'applicazione della legge da parte del giudice deve essere caratterizzata da entrambi gli attributi dell'obiettività e della definitività, nel senso dell'idoneità (del provvedimento reso) a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a

quella del giudicato, poiché è in questo caso che il mancato riconoscimento della legittimazione comporterebbe la sottrazione delle norme al controllo di costituzionalità» (sent. n. 164 del 2008).

Perciò, l'autorità, per quanto composta da magistrati ordinari o amministrativi, che esercita una funzione di carattere formale attribuita per una finalità garantistica (sent. n. 96 del 1976), o che operi in assenza di contraddittorio (tra le molte, sent. n. 387 del 1996 e ord. n. 183 del 1999), o la cui decisione sia priva di definitività (sent. n. 387 del 1996), non può essere considerato soggetto legittimato a sollevare questione di costituzionalità. Questo è l'orientamento recente, certo più rigoroso di quello del passato. Ma non si può escludere che quest'ultimo riappaia, ogniqualvolta sia necessario dare esito a esigenze d'effettività della garanzia costituzionale, colmando le lacune e le zone franche, come è avvenuto all'inizio della storia della Corte.

«*Ai limitati fini*» della questione di costituzionalità. Per quanto il recente orientamento sia più restrittivo di quello d'un tempo, essendo incline a intendere in maniera più stringente i caratteri della giurisdizionalità, non pare debba considerarsi superato il più ampio criterio della legittimazione riconosciuta ai «limitati fini della sollevabilità della questione»<sup>32</sup>: un criterio che permette, quando occorre, di ridurre il più possibile gli ambiti di materia che sfuggono al controllo di costituzionalità. Un caso importante da segnalare è quello del procedimento disciplinare a carico dei magistrati, che si svolge davanti alla «commissione disciplinare» del Consiglio superiore della magistratura (sent. n. 12 del 1971), giurisdizionalità che in precedenti occasioni (e ad altri fini) era stata negata a chiare lettere (sent. n. 44 del 1968). Per la natura giurisdizionale della funzione svolta sono state ammesse questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati, «in quanto organo di autodichia, chiamato a svolgere, in posizione *super partes*, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie (nella specie, tra Camera dei deputati e pensionati suoi *ex dipendenti*) per l'obiettiva applicazione della legge» (sent. n. 213 del 2017). Per analoghe ragioni è stato ritenuto il carattere giurisdizionale della Corte dei conti in sede di esercizio dell'attività di controllo sugli atti del governo (sent. nn. 226 del 1976 e, in linea, 384 del 1991, 121 del 1996) e in sede di «giudizio» di parificazione del bilancio statale e delle autonomie speciali (sent. nn. 244 del 1995 e 213 del 2008) e delle Regioni ordinarie (sent. nn. 181 del 2015 e 89 del 2017). Tale legittimazione è stata ammessa, come si legge, «limitatamente a profili attinenti alla copertura finanziaria delle leggi di spesa». Scopo ultimo di questa legittimazione è consentire alla Corte costituzionale il sindacato sulle leggi (quali quelle di spesa) che «più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte» (sent. n. 226 del 1976, ma anche n. 181 del

<sup>32</sup> R. Romboli, *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in *La scienza del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, vol. II, Ciudad de Mexico, Unam, 1988, pp. 334 ss.



2015). Il procedimento di parifica davanti alla sezione di controllo «non è un giudizio in senso tecnico-processuale [ma] ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione in quella sede svolta dalla Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico» (sent. n. 181 del 2015). La natura esterna del controllo «rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo» e la presenza nel procedimento di «elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio» integrano i requisiti che la Corte costituzionale ha elaborato ai fini del riconoscimento della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale. Nonostante le riportate affermazioni, questa apertura della giurisprudenza costituzionale, spiegabile nella logica della difesa del principio di costituzionalità e del preminente interesse a che non vi siano ambiti legislativi che sfuggano al controllo di costituzionalità, contraddice però la *ratio* dell'incidentalità, nel senso sopra descritto dell'intermediarietà: il procedimento di controllo, infatti, è in questo caso tutto interno all'apparato pubblico, non coinvolgendo direttamente posizioni soggettive di terzi e non essendo funzionale alla difesa di loro posizioni rispetto all'amministrazione.

Un'ulteriore ipotesi di estensione della nozione di giurisdizione si è avuta con la sentenza n. 376 del 2001, con la quale la Corte ha ritenuto gli arbitri, in sede di arbitrato rituale regolato dalla legge processuale, legittimati anch'essi a sollevare questione di costituzionalità in via incidentale. Sebbene organi giudiziari «privati», i cui componenti sono scelti in base a criteri non legali ma negoziali, chiamati a risolvere controversie sulla base di un «compromesso» di diritto privato, che non hanno nulla a che vedere con la «funzione giudiziaria», ma ne rappresentano anzi una scelta che esclude la giurisdizione, che possono determinare l'ambito delle norme (di diritto o di equità) applicabili e regolare il procedimento nel modo che ritengono opportuno, che sono quindi largamente svincolati dal principio di legalità che vincola i giudici ad applicare la legge a meno di una sentenza d'annullamento della Corte costituzionale: malgrado tutti questi «indici» contrari, la loro legittimazione è stata ammessa. Anche in questo caso sembra però contraddetta la *ratio* dell'*intermediarietà*, questa volta perché la giurisdizione arbitrale è sbilanciata dalla parte degli *iura*, è una funzione sociale, prestatuale. La Corte, abbattendo ogni ostacolo, ha notato che «l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria» e ha ritenuto ch'esso «non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie». Ciò sul presupposto che anche gli arbitri, nella risoluzione della controversia,

devono pervenire a una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, «con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali – come ogni giudice – sono vincolati al dovere di interpretare le leggi *secundum constitutionem*». Così, anche gli arbitri, ai limitati fini della questione incidentale di legittimità, sono giudici, pur se la Corte non è giunta a equipararli ai «magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario», ai quali, secondo l'art. 102 della Costituzione, spetta l'esercizio della funzione giudiziaria; anche il procedimento arbitrale è «giudizio», pur se esso – come tante volte la Corte ha affermato – non soddisfa pienamente il diritto di agire in giudizio, secondo l'art. 24 della Costituzione, e quindi non può essere imposto dalla legge come alternativa che esclude il ricorso al «giudice».

Un'estensione recente, che segna un *revirement* nella giurisprudenza costituzionale, si è avuta a favore del Consiglio di Stato in sede di parere sul ricorso straordinario al presidente della Repubblica (sent. n. 73 del 2014): sebbene sin dalla sentenza n. 1 del 1964, e fino alle più recenti sentenza n. 254 del 2004 e ordinanze nn. 357 e 392 del 2004, la Corte costituzionale abbia ritenuto la natura amministrativa della funzione esercitata in tale sede dal Consiglio di Stato e, dunque, la sua non idoneità a sollevare questioni di legittimità costituzionale, in conseguenza di modifiche legislative che hanno esplicitamente «giurisdizionalizzato» il parere reso sul ricorso straordinario – trasformando quest'ultimo da «rimedio singolare, anomalo, alternativo al ricorso giurisdizionale» (sent. nn. 1 del 1964, 31 del 1975) a rimedio «giustiziale» (sent. n. 73 del 2014), la Corte costituzionale ha mutato il proprio orientamento e ha ammesso l'accesso alla giustizia costituzionale, reputando il suddetto parere «sostanzialmente assimilabile a un “giudizio”, quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953»<sup>33</sup>. Analoga estensione si è avuta a favore del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di parere sul ricorso straordinario al presidente della Regione siciliana (sent. nn. 265 del 2013 e 37 del 2017).

*Esclusioni dai «limitati fini».* Invece, sempre nell'ambito dell'apprezzamento caso per caso del carattere giurisdizionale, è stata negata la legittimazione a sollevare questione di legittimità a una serie di soggetti, esplicitamente ritenendo non utilizzabile l'argomento, adottato in altre circostanze, dei «limitati fini». Tra i casi più interessanti, possono ricordarsi quelli del pubblico ministero (sent. n. 415 del 1995 e ord. n. 138 del 2003) e dei notai (sent. n. 52 del 2003), in considerazione della carenza dei requisiti minimi indispensabili della giurisdizione.

*Essere giudici, al solo fine d'essere dichiarati non-giudici.* Merita un cenno il caso in cui la Corte costituzionale prima ammette la questione di costituzionalità proveniente da certi «giudici» e da certi «giudizi», per poi dichiararli incostituzionali, in quanto carenti dei requisiti minimi indispensabili di giurisdizionalità.

<sup>33</sup> E. Furno, *La Corte costituzionale e le sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'insorgere di un nuovo «giudice a quo»!*, in «Forum di quaderni costituzionali» (5 gennaio 2015).

Sono i «giudici d'una sola volta». Questo è avvenuto a proposito dei comandanti di porto (sent. nn. 121 del 1970 e 83 del 1973), degli intendenti di finanza (n. 60 del 1969), dei consigli di prefettura e delle giunte provinciali amministrative (nn. 55 del 1966 e 30 del 1967), dei ministri in varie ipotesi di cosiddetti «ministri-giudici» (nn. 40 del 1958 e 133 del 1963), dei consigli comunali e provinciali in sede di contenzioso elettorale (n. 93 del 1965). Anche questa giurisprudenza si avvale, sia pure in modo non esplicito, della dissociazione tra i requisiti della giurisdizionalità al fine della questione e a fine diverso (l'assenza della garanzia d'indipendenza che è richiesta quando si tratta di pronunce definitive su diritti e interessi), essendo la sufficienza al primo fine insufficienza al secondo fine. Diverso è invece il caso in cui, pur in presenza di difetti rispetto ai caratteri della giurisdizione, l'eliminazione dell'organo o della competenza appaia eccessiva e non necessaria. Allora la Corte può agire «degradando» quelli che, senza che ne avessero i requisiti necessari, si consideravano giudici e giudizi, salvandoli ma trasformandoli in organi e procedimenti amministrativi. Questa è l'interessante vicenda delle commissioni tributarie<sup>34</sup>: in un primo tempo considerate giudici (sent. nn. 12, 41 e 42 del 1957; 132 del 1963; 103 del 1964), poi non-giudici (ord. nn. 6, 10, 40, n. 44, 49, 50 e 127 del 1969), per poi ritornare a promuoverle a giudici (sent. nn. 287 del 1974 e 215 del 1976), sia pure dopo un intervento del legislatore, necessario a garantirne l'indipendenza, che del giudice è requisito necessario.

*Nuovi «giudici a quibus»: le autorità indipendenti?* Un tema che rimane ancora aperto è quello della legittimazione delle autorità indipendenti a sollevare questioni di legittimità costituzionale. Fino ad oggi non vi sono stati tentativi da parte di alcuna delle numerose autorità di accedere alla giustizia costituzionale, ma non è escluso che nei prossimi anni la Corte possa essere chiamata ad affrontare questa ipotesi. Perché un organo, ancorché non incardinato in un ordine giurisdizionale, possa qualificarsi «giudice a quo», è necessario, sintetizzando la giurisprudenza costituzionale di cui si è detto, che risulti legittimato a decidere in via definitiva sull'interpretazione e applicazione della legge; goda di una posizione di terzietà (sia, dunque, indipendente) e giudichi nel rispetto del contraddittorio con gli interessati. Qualora venisse sollevata una questione da una delle autorità indipendenti, la Corte dovrà verificare la sussistenza dei menzionati requisiti, valutando però le peculiarità di ciascuna autorità, caso per caso: la diversità l'una dall'altra impedisce che siano trattate indistintamente. Deve al momento rilevarsi che in alcune pronunce la Corte, pur se non ancora sciogliendo il nodo relativo alla natura amministrativa o giurisdizionale delle autorità, ne ha tuttavia riconosciuto la piena autonomia e indipendenza dal potere politico (sent. n. 482 del 1995, con riferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; sent. n. 41 del 2013, con riferimento all'Autorità di Regolazione dei Trasporti). Ciò potrebbe soddisfare uno dei requisiti indicati. Qualora poi si percorresse – come è stata percorsa ai fini dell'ammissibilità della Corte dei conti in sede di esercizio dell'attività di controllo sugli atti del governo e in sede di giudizio di parificazione del bilancio – la logica della difesa del principio di costituzionalità e del preminente interesse a che non vi siano ambiti legislativi che sfuggano al controllo di costituzionalità, sarebbe possibile concludere a favore della loro legittimazione. Anche se rimarrebbe da valutare il rispetto della *ratio* dell'intermediarietà (sempre che si voglia accogliere la nozione di incidentalità qui proposta).

<sup>34</sup> G.A. Micheli, *Osservazioni sulla natura giuridica delle commissioni tributarie*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1969, pp. 310 ss.

*La Corte costituzionale come giudice «a quo».* La Corte costituzionale si è riconosciuta la legittimazione a sollevare questioni incidentali di fronte a sé stessa, con ciò definendosi «giudice» e qualificando «giudizi» i procedimenti che si svolgono di fronte a sé medesima, nell'esercizio di una qualunque delle sue competenze (a partire dalla sent. n. 13 del 1960), perfino nell'«udienza» dedicata all'estrazione dei «giudici aggregati» che compongono il collegio giudicante nei processi penali costituzionali. In questo modo, la Corte si autoqualifica come organo di chiusura del sistema costituzionale, non esitando a configurarsi nella doppia veste di chi agisce in giudizio e di chi giudica (analogamente a ciò che accade nel conflitto tra poteri, dove la Corte si è configurata come potenziale parte ricorrente e, al tempo stesso, come giudice sul [suo] ricorso).

A parte il valore delle autoqualificazioni – in sé alquanto equivoche – di «organo di controllo costituzionale», la Corte, in un primo tempo, aveva escluso la propria appartenenza alla giurisdizione, ordinaria o speciale che sia, «tante sono e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali» (sent. n. 13 del 1960). Logico corollario (che forse spiega la premessa) era l'inapplicabilità a sé medesima dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 234 del Trattato CE), che impone alle giurisdizioni nazionali superiori, le cui decisioni non siano assoggettabili a gravame, di devolvere alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto comunitario (sent. nn. 14 del 1964; 206 del 1976; 536 del 1995). Per lungo tempo, dunque, la Corte ha negato d'essere «giurisdizione nazionale» ai fini della pregiudiziale comunitaria, pur avendo ritenuto il contrario ai «fini della questione di costituzionalità». Solo recentemente ha ammesso la sua legittimazione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Prima nei giudizi in via principale, e da ultimo anche nei giudizi in via incidentale. Il mutamento giurisprudenziale si è avuto, inizialmente, con l'ordinanza n. 103 del 2008, in base a queste considerazioni: *a*) essere giudice di unica e ultima istanza (le sue decisioni non essendo sottoponibili ad alcuna impugnazione), ed essere «giudice nazionale» («la nozione di “giurisdizione nazionale” rilevante ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale dovendo desumersi dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione “interna” dell'organo rimettente»); *b*) essere la controversia interamente devoluta alla giurisdizione costituzionale, in assenza di altro giudizio davanti ad altro giudice (il giudice *a quo*), con la conseguenza che, senza rinvio pregiudiziale da parte dell'unico giudice presente nel procedimento (la Corte, per l'appunto), si determinerebbe «un'inaccettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE». Un modo d'argomentare complesso o, come potrebbe dirsi, *ab absurdo*: «sono giudice perché, se non lo fossi, sarebbe peggio che non se lo fossi». Ma che, ad ogni modo, ha dato l'avvio al ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia quando sussiste un dubbio sulla puntuale interpretazione di una disposizione comunitaria, priva di effetto diretto (e, quindi, non direttamente applicabile al posto della legislazione

nazionale), e sulla conseguente compatibilità della normativa nazionale. La legittimazione al rinvio pregiudiziale anche in sede di giudizio instaurato in via incidentale è stata riconosciuta con l'ordinanza n. 207 del 2013 (in materia di assunzione di personale scolastico, docente e non docente, i c.d. «precari della scuola») e con l'ordinanza n. 24 del 2017 (in materia di prescrizione dei reati di frode fiscale in danno degli interessi finanziari dell'Unione). Nessun argomento, tuttavia, è stato speso con riferimento a questa estensione, ancorché – a differenza di quanto valorizzato nell'ordinanza n. 103 del 2008 – non si potesse dire di essere in presenza «[del]l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia».

Le ordinanze volte a sollevare una pregiudiziale europea sono state perlopiù lette con soddisfazione dalla dottrina, che ha ritenuto il rinvio pregiudiziale uno strumento necessario per una proficua cooperazione, nell'applicazione del diritto europeo, tra i giudici nazionali (inclusa la Corte costituzionale) e la Corte di giustizia. Ne è una dimostrazione l'esito con cui si è concluso il «dialogo» intercorso tra le due Corti con riferimento alla prescrizione nei casi di reati per frode fiscale in materia di IVA (c.d. caso Taricco). Con ordinanza n. 24 del 2017, la Corte costituzionale, pur domandando la corretta interpretazione del diritto comunitario (più esattamente, del diritto comunitario come già interpretato dalla Corte di giustizia attraverso una sua pronuncia), aveva sostanzialmente anticipato quale comportamento avrebbe tenuto qualora la Corte di giustizia avesse ritenuto di confermare il suo precedente (con il quale invitava sostanzialmente i giudici nazionali a disapplicare la norma interna sulla prescrizione): la persistenza in tale interpretazione, infatti, avrebbe comportato l'ingresso nell'ordinamento nazionale di una regola contraria a un principio costituzionale (nel caso di specie, il principio di legalità in materia penale) e, di conseguenza, il dovere della stessa Corte costituzionale di impedirlo, attraverso il ricorso alla c.d. dottrina dei controlimiti (vol. I, pp. 187 ss. e, in questo volume, pp. 80 ss.). La Corte di giustizia, però, con sentenza del 5 dicembre 2017 (Grande Camera, decisione C-42/17), ha circoscritto il proprio precedente, ribadendo sì l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare norme interne che siano di ostacolo all'inflizione di sanzioni penali nei casi di frode fiscale ai danni degli interessi finanziari dell'Unione europea, «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (punto 62 della decisione della Grande Camera). Non sarà dunque necessario, almeno non questa volta, dare seguito alla minaccia del ricorso ai c.d. controlimiti. Tuttavia, il conseguito esito «rassicurante» non esclude una considerazione: il dialogo intercorso tra le diverse Corti cela un problema (non ancora del tutto risolto) di spettanza della sovranità e di adeguatezza degli strumenti che governano i rapporti tra il diritto nazionale e il diritto europeo. Un problema che, se non affrontato, rischia di trasformare il desiderato dialogo in uno scontro tra monologhi (si rinvia anche al vol. I, pp. 242 ss.).

## 6. L'iniziativa nel giudizio incidentale

L'iniziativa nel procedimento incidentale spetta alle parti e al giudice nel processo *a quo* (artt. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 e 23 della l. n. 87 del

1953). Tra le due iniziative vi è questa differenza fondamentale: il potere delle parti è indiretto; quello del giudice è diretto. Le parti del processo, infatti, sollevano la questione davanti al giudice della causa e questo, ove ricorrano le condizioni previste, la trasmette alla Corte costituzionale; il giudice, invece, in presenza delle medesime condizioni, promuove direttamente la questione di fronte alla Corte.

*Duplicità dell'iniziativa, duplicità di «ratio».* Tenendo conto dell'impossibilità per le parti di adire direttamente la Corte, si dice che l'iniziativa nel processo incidentale spetta sempre e solo al giudice della causa, su iniziativa o di parte o d'ufficio. Si mette così in luce il ruolo ineliminabile del giudice in entrambe le ipotesi, il ruolo di «introduttore necessario» della questione, e la circostanza che nel procedimento incidentale l'atto che instaura il giudizio costituzionale è soltanto l'ordinanza del giudice. Ma questa ricostruzione si giustifica solo guardando *dall'esterno* l'iniziativa proveniente dal giudizio *a quo*: dal punto di vista della Corte, l'atto di impulso del giudizio costituzionale è del giudice e solo del giudice. Se, invece, si guarda alle vicende del processo *a quo dall'interno*, è evidente che le due iniziative non possono essere confuse: in particolare, l'iniziativa di parte è una vicenda caratterizzata da propri caratteri sostanziali e processuali, ed è circondata da particolari garanzie che impongono di tenerla distinta dall'iniziativa del giudice e di non svalutarla a mero impulso o sollecitazione di un presunto potere esclusivo del giudice. Nel processo *a quo* – si ripete – le ipotesi sono due e distinte.

La doppia legittimazione corrisponde a una duplice *ratio*: *a*) per le parti, la questione si configura come strumento di difesa di diritti e interessi costituzionalmente protetti, conformemente al diritto di azione in giudizio garantito dall'art. 24, primo comma, della Costituzione. Tale diritto di azione è diretto presso il giudice *a quo* e indiretto (tramite questi) presso la Corte costituzionale. Con la questione di costituzionalità, le parti agiscono per la tutela dei propri *iura*, contro la *lex* (ritenuta) incostituzionale; *b*) per il giudice, non sono in discussione sue considerazioni soggettive; egli è semmai interessato a difendere la sua *posizione istituzionale*, la posizione di *intermediarietà* tra legge e Costituzione, che rinvia all'idea del diritto come temperamento di *lex e ius* (vol. I, pp. 74 ss.). Sollevando la questione di costituzionalità, il giudice non solo si preoccupa di un'astratta coerenza dell'ordinamento, ma difende una posizione che gli è garantita, quella non di burocratico esecutore della legge, ma di interprete e garante di un più profondo significato del diritto, in uno Stato retto da una costituzione rigida.

La *ratio* delle due iniziative è dunque diversa. C'è tuttavia una parziale sovrapposizione: l'iniziativa del giudice copre in estensione quella delle parti e va al di là di essa. Allora, perché l'iniziativa delle parti? Non sarebbe sufficiente rimettersi all'esclusiva legittimazione del giudice, idonea a supplire alle esigenze in vista delle quali è stata prevista quella delle parti? La legittimazione separata (non riducibile a mera sollecitazione all'esercizio del potere-dovere del giudice) è necessaria perché non sarebbe ammissibile la difesa giudiziaria di diritti individuali affidata paternalisticamente

a soggetti diversi dai loro titolari, ancorché operanti in vista di esigenze istituzionali obiettive: il diritto di azione in giudizio è garantito dall'art. 24 della Costituzione come diritto a esercizio personale e diretto. D'altro canto, l'esigenza di distinguere le due iniziative risulta chiara quando si consideri che la doverosità di esercizio del potere del giudice di rimessione alla Corte della questione (doverosità che è il presupposto della tesi dell'assorbimento in tale potere del diritto di azione delle parti) è, di per sé, solo teorica, diventando effettiva quando le parti, con l'iniziativa loro, per così dire, la «mettono in mora». Occorre dunque valutare nella sua giusta importanza il significato dell'iniziativa di parte nel processo *a quo*: il nostro sistema incidentale non è basato solo su iniziative pubbliche, ma riconosce il potere d'azione anche ai singoli, sia pure attraverso una mediazione, un filtro, che opera prima che essi possano raggiungere la Corte costituzionale.

### 6.1. L'iniziativa delle parti

L'iniziativa «di parte» spetta a coloro che, nei diversi tipi di giudizio, sono abilitati a difendere le proprie posizioni soggettive, secondo i vari ruoli processuali possibili, cioè come attori e convenuti, ricorrenti e resistenti, litisconsorti necessari e facoltativi, titolari di un potere di intervento in causa ecc. L'ampiezza dell'iniziativa nel processo costituzionale è così legata alla portata che in concreto assume l'art. 24, primo comma, della Costituzione. Accesso alla giustizia «comune» e iniziativa nel processo incidentale sono legati l'uno all'altro. Quanto più largo è il primo, tanto più ampia è la seconda; quanto più stretto è il primo, tanto più angusta è la seconda.

Il pubblico ministero, dal punto di vista della proposizione delle questioni incidentali, non è assimilato al giudice, ma alle parti. Ciò, nonostante che l'interesse «obiettivo» a fondamento dell'azione penale renda la sua posizione assai lontana da quella delle parti che difendono loro pretese particolari, e più prossima a quella del giudice che applica la legge. La sua iniziativa nel processo incidentale, dunque, non è diretta, ma deve passare necessariamente attraverso il controllo del giudice di fronte al quale si svolge il giudizio. Il carattere ibrido del pubblico ministero deriva dalla sua natura duale secondo il nostro ordinamento giudiziario: parte, ma «parte imparziale» e, al tempo stesso, titolare della funzione d'accusa. Non rende meno difficile definire la sua posizione, nel giudizio di costituzionalità sulle leggi, il fatto che egli, accomunato alle parti nella proposizione della questione di costituzionalità, è poi accomunato al giudice nel divieto di partecipare al giudizio costituzionale<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Sull'ambigua posizione del pubblico ministero nel giudizio incidentale, R. Romboli, *La presenza del pubblico ministero davanti alla Corte costituzionale nel giudizio incidentale sulle leggi: in attesa di un'occasione migliore*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, 3 voll., Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, vol. III, pp. 2441 ss.

## 6.2. L'iniziativa del giudice

Il giudice che può sollevare *ex officio* la questione di costituzionalità (e al quale le parti e il pubblico ministero possono presentare la propria istanza) è quello di fronte al quale il giudizio è pendente: il «giudice in concreto», come è stato detto<sup>36</sup>.

*Chi è il «giudice in concreto»?* Questa regola, di per sé ovvia, ha sollevato problemi pratici, onde è opportuno specificarla come segue. Nei procedimenti divisi in più fasi (l'istruzione e il giudizio; il giudizio e l'esecuzione ecc.), il giudice è abilitato a sollevare questione in relazione alle sole norme che si trova ad applicare nella fase che gli è propria. Così, il giudice istruttore civile potrà sollevare la questione incidentale sulle norme che riguardano l'assunzione delle prove, non su quelle che disciplinano la decisione della controversia, la cui applicazione spetta solo al giudice che si pronuncia sulla domanda (sent. n. 62 del 1966). Analogamente, il giudice dell'esecuzione civile può essere giudice *a quo* solo in relazione alle norme che gli spetta di applicare, non a quelle che investono l'ordinario giudizio di cognizione (sent. n. 211 del 1976). Il processo, inoltre, non deve essere «esaurito» davanti all'organo che intende proporsi come giudice *a quo*. Nei procedimenti in sede cautelare, la questione di legittimità costituzionale non può essere sollevata dopo l'emanazione del relativo provvedimento. La questione di costituzionalità sarà eventualmente sollevata dal giudice competente per la causa di merito. Il processo, inoltre, deve essere pendente, cioè deve essere in corso di svolgimento davanti al giudice remittente e deve perciò non essere stato sospeso per una qualunque ragione. Ciò vale sia in generale, per la sospensione pura e semplice (per esempio, per una ragione di pregiudizialità), sia in particolare nei casi di sospensione cui consegue la devoluzione del giudizio ad altra istanza (come nel regolamento preventivo di giurisdizione). Questo, una volta proposto, impedisce la proposizione di questioni incidentali di legittimità costituzionale nella fase precedente (sent. nn. 221 del 1972; 73 e 177 del 1973; 135 del 1975; 118 e 186 del 1976; 43 del 1977; 43 del 1980; 173 del 1981; 303 del 1983). La questione è, invece, proponibile nel giudizio di rinvio, anche sulla legge rispetto alla quale la Corte di cassazione abbia stabilito il «punto di diritto». Esso, infatti, è vincolante per il giudice di rinvio, ma non al punto da prevalere sul principio di legittimità costituzionale. La Corte di cassazione si pronuncia *de legitimitate*; i dubbi di costituzionalità attengono a una sfera superiore<sup>37</sup> (sent. n. 2 del 1987).

Il giudice abilitato a sollevare la questione è quello di fronte al quale pende il giudizio: la Corte generalmente non si spinge a controllare i presupposti di validità della litispendenza. La ragione di questa posizione sta nella necessità di evitare interferenze in questioni che hanno la sede della propria risoluzione presso l'autorità giudiziaria stessa, e la duplicità delle verifiche potrebbe determinare una conflittualità difficilmente risolvibile. Analogamente, la Corte non esamina i problemi di valida instaurazione del processo *a quo* sotto il profilo dei presupposti processuali o delle condizio-

<sup>36</sup> Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 273.

<sup>37</sup> In argomento, F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 944; F. Carnelutti, *Questioni di costituzionalità della legge nel giudizio di rinvio*, in «Rivista di diritto processuale», 1959, pp. 669 ss.; Id., *Ancora sulla questione di incostituzionalità della legge nel giudizio di rinvio*, *ibidem*, 1960, pp. 475 ss.



ni dell'azione, questioni anch'esse suscettibili di determinare contrasti con le valutazioni prese dagli organi della giurisdizione comune. Ma questo atteggiamento di estraneità non vale fino al punto di passar sopra alle ragioni evidenti che inficiano la valida instaurazione del giudizio *a quo*.

## 7. Le condizioni di proponibilità delle questioni incidentali

### 7.1. La rilevanza della questione di legittimità costituzionale

La «rilevanza» esprime un *legame oggettivo* tra la questione di costituzionalità e il giudizio *a quo*. Tale legame tiene il posto dell'interesse ad agire (ricomprendendolo in sé ma trascendendolo, alla stessa stregua di come il carattere di diritto oggettivo del giudizio di costituzionalità ricomprende e trascende la difesa di diritti e interessi individuali)<sup>38</sup>.

La legge cost. n. 1 del 1948, che definisce i capisaldi della disciplina dell'iniziativa incidentale, dispone che la questione debba sorgere «nel corso di un giudizio». Poiché nel giudizio si discute di casi secondo il diritto che li regola, si comprende come le leggi che possono venire in considerazione sono solo quelle che hanno a che fare con la risoluzione dei casi medesimi. La formula più esplicita contenuta nell'art. 23 della legge n. 87 del 1953 – la questione può essere sollevata «qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione» della questione stessa – marca ulteriormente questa limitazione: l'iniziativa incidentale può riguardare solo le norme di legge che influiscono sulla decisione del giudizio; le norme di legge che, dunque, sono, in qualche modo, applicabili in tale decisione.

*Il rapporto di pregiudizialità costituzionale.* La rilevanza, così come è venuta a configurarsi nella pratica costituzionale e nella più larga parte delle elaborazioni scientifiche, esprime il *nesso di strumentalità* tra la questione di costituzionalità e la risoluzione del giudizio *a quo*. Questo significa qualcosa di pregnante: che l'instaurazione del giudizio costituzionale e, quindi, la messa in opera di un meccanismo di garanzia obiettiva, avente un significato generale (il controllo della legittimità costituzionale della legge come tale), sono subordinate a una condizione particolare, che coincide con l'utilità della questione per la risoluzione di una controversia specifica (la garanzia di posizioni giuridiche soggettive, dibattute in giudizio). In ciò si manifesta la *matrice concreta* della questione (cioè, la sua origine da una singola controversia) e anche il suo, per così dire, *fine*

<sup>38</sup> In generale, F. Pizzetti e G. Zagrebelsky, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, Giuffrè, 1972; Pizzorusso, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., pp. 244 ss. Per una ricostruzione delle posizioni in dottrina sul tema della rilevanza, F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Aa.Vv., *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 163 ss.; G.P. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 2003; R. Bifulco, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2009, pp. 682 ss.

*mirato* (cioè, la sua destinazione alla risoluzione di quella controversia), anche se non si tratta del fine esclusivo, e nemmeno il principale, del successivo giudizio da parte della Corte.

Il rapporto tra giudizio costituzionale e giudizio *a quo* è, dunque, un rapporto di strumentalità, un *rapporto di pregiudizialità*: il rapporto di *pregiudizialità costituzionale*. Attraverso la rilevanza della questione, il processo pregiudicato (*a quo*) e il giudizio pregiudicante (*ad quem*) vengono a contatto, l'uno con l'altro, e il primo non può essere definito in assenza della definizione del secondo (sent. n. 164 del 2017). In questo senso si può paragonare la questione di costituzionalità alle altre questioni pregiudiziali che si possono presentare nel processo comune (ad esempio, in materia di competenza o di giurisdizione), essendo anch'essa, come le altre, non risolvibile dallo stesso giudice di fronte al quale sorge.

In passato, si è discussa la correttezza dell'impiego, a proposito della questione di costituzionalità, di questa categoria processuale generale, la pregiudizialità. In particolare, si osservava che, a differenza delle questioni pregiudiziali in senso tecnico, nel caso di specie il processo pregiudicante (di fronte alla Corte costituzionale) è caratterizzato dalla sua necessaria dipendenza genetica dal processo pregiudicato e dalla «impossibilità di elevare la questione a oggetto di giudizio *ab initio* autonomo»<sup>39</sup>. In altri termini, il primo giudizio è necessariamente legato da un rapporto di derivazione dal secondo, e quindi manca di autonomia (genetica). Si è perciò proposta una ricostruzione che tenesse conto di questo carattere differenziale e si è parlato di mera «pregiudizialità logica» e di necessaria «prosecuzione del giudizio principale» di fronte a un'istanza diversa, alla quale è riservata la decisione su una questione pregiudiziale del processo (unitariamente inteso). Si potrebbe cioè parlare, secondo questo modo di vedere, di *questione* ma non di (distinto) *giudizio pregiudiziale*. Non si tratta di meri problemi classificatori. Configurare il giudizio di fronte alla Corte come «fase» del giudizio principale implicherebbe, infatti, la possibilità che siano in essa rilevabili, per esempio, i vizi di quest'ultimo; ciò che non sarebbe, invece, ammissibile qualora i due giudizi venissero configurati in maniera distinta.

Se, tuttavia, si considera la specialissima struttura del giudizio di fronte alla Corte, le differenze soggettive rispetto al processo *a quo*, gli interessi peculiari ai quali il primo obbedisce ecc., risulta accettabile la ricostruzione in termini di pregiudizialità, e quindi di separazione tra i due giudizi, uniti tra loro soltanto dal «cordone ombelicale»<sup>40</sup> costituito dalla questione di incostituzionalità «rilevante». La giurisprudenza della Corte costituzionale, del resto, ricorre correntemente alla formula della «pregiudizialità costituzionale» (da ultimo, sent. n. 164 del 2017), pur nella consapevolezza della particolarità anzidetta (l'impossibilità di instaurare direttamente il giudizio costituzionale e la sua origine necessariamente incidentale), ed è tendenzialmente ferma nel ritenere che gli eventuali vizi del processo *a quo* (difetto di giurisdizione, incompetenza del giudice, vizi di costituzione del rapporto processuale, mancanza di legittimazione processuale delle parti ecc.) non sono rilevabili di fronte alla Corte costituzionale essendo la loro valutazione

<sup>39</sup> V. Andrioli, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in «Rivista di diritto pubblico», I, 1950, p. 36; L. Montesano, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in «Foro italiano», IV, 1952, c. 144, nonché G. Monteleone, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, Padova, Cedam, 1984.

<sup>40</sup> L'espressione è di Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 292.

riservata al giudice rimettente, fatta salva l'ipotesi in cui il loro difetto sia macroscopico. Ciò in forza del cosiddetto principio di autosufficienza dell'ordinanza che solleva la questione pregiudiziale (da ultimo, sent. nn. 269 del 2016; 154 del 2015; 16 del 2013).

*Pregiudizialità costituzionale, ma autonomia dei giudizi.* Il fatto che i due giudizi siano in un rapporto di pregiudizialità non vuol dire che siano dipendenti l'uno dall'altro. Non si ha uno spostamento del giudizio principale di fronte alla Corte, ma l'inizio di un giudizio diverso. Diverso è essenzialmente l'oggetto dei due giudizi: la tutela di una posizione soggettiva, da un lato, e l'accertamento della costituzionalità della legge, dall'altro. La differenza di oggetto è implicita nel requisito della rilevanza (sent. nn. 65 del 1964 e 256 del 1982; ord. n. 175 del 2003)<sup>41</sup>. Ciò significa non solo che tale differenza normalmente c'è, ma che deve necessariamente esserci. Detto altrimenti, non è ammissibile un'azione di fronte a un giudice comune che abbia come pretesa la (sola) dichiarazione di incostituzionalità della legge, attraverso la proposizione della questione alla Corte. Occorre che l'attore o il ricorrente abbiano di mira il soddisfacimento di una diversa e concreta pretesa; avanzino, cioè, un *petitum* separato e distinto da quello proprio della questione di legittimità costituzionale, sul quale il giudice rimettente sarà chiamato a decidere una volta definita la stessa questione di costituzionalità. Se così non fosse, si avrebbe un'alterazione di senso del sistema incidentale che si trasformerebbe in sistema su azione diretta. La stessa cosa può esprimersi spostando la prospettiva dall'oggetto del processo all'interesse processuale: il processo principale (*a quo*) può muovere solo da un interesse diverso da quello all'eliminazione della legge incostituzionale. Le questioni solo teoriche, ipotetiche, poste per interesse «scientifico» o per una ragione politica generale, promosse al solo fine dell'eliminazione della legge incostituzionale, ma svincolate da ogni esigenza applicativa – e pertanto spesso coincidenti con una *fictio litis* – sono inammissibili (in tema, sent. nn. 65 del 1964 e 256 del 1982; ord. n. 175 del 2003). Tale inammissibilità (o infondatezza della domanda, a seconda delle ricostruzioni teoriche) dovrà essere riconosciuta innanzitutto dal giudice della causa principale; ma, ove non lo sia stata, lo dovrà essere da parte della Corte costituzionale (non solo per ragioni attinenti all'azione nel processo *a quo*, ma anche per un difetto di rilevanza, dato che la questione di costituzionalità assorbirebbe in sé integralmente l'oggetto della causa principale).

Parte della dottrina ha, ad esempio, parlato di *fictio litis* con riferimento a questioni di legittimità costituzionale recentemente proposte sulle leggi elettorali,

<sup>41</sup> V. Andrioli, *Note sulle sentenze della Corte costituzionale in tema di riforma fondiaria*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1959, p. 640; V. Crisafulli, *Sulla proponibilità di questioni di costituzionalità in sede di esecuzione penale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1964, p. 680; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, p. 112; A. Pizzorusso, *Sulle condizioni di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata mediante incidente di esecuzione*, in «Giurisprudenza italiana», I, 1964, n. 1, cc. 1291 ss.

ritenendo inesistente la dualità dei giudizi e non sovrapponibilità dei *petita* nei giudizi *a quo* e *ad quem* di cui si è detto. La Corte, però, muovendo dall'esigenza di «evitare la creazione di una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale, in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico dell'ordinamento» (sent. n. 35 del 2017, che riprende, da questo punto di vista, le argomentazioni già svolte nella precedente sent. n. 1 del 2014), ha ritenuto le questioni ammissibili, essendo possibile individuare una differenza tra oggetto del primo (l'accertamento della «pienezza» del diritto di voto) e oggetto del secondo (la legittimità costituzionale della legge elettorale). Si è trattato di una decisione dettata dalle caratteristiche speciali di quel caso. La Corte si è indotta a un mutamento delle concezioni di incidentalità e di rilevanza che sembra ispirarsi a costruzioni costituzionali rigettate in passato: il giudizio *a quo* come «occasione» di verifica della costituzionalità delle leggi<sup>42</sup>.

Con la formula *fictio litis* si intende tuttavia anche, in senso lato, la controversia provocata intenzionalmente e strumentalmente per poter sollevare la questione incidentale. In questo senso, la lite, così congegnata, è pienamente ammissibile in quanto una reale controversia esiste effettivamente, non essendo in potere di nessuno indagare per quali motivi ultimi essa è venuta a determinarsi (ord. n. 53 del 2010; sent. n. 241 del 2008).

Del resto, la prima decisione della Corte costituzionale (sent. n. 1 del 1956) ha avuto origine proprio da una lite congegnata *ad hoc*. La questione sorse nel corso di un giudizio penale, i cui imputati erano accusati di avere distribuito avvisi o stampati nella pubblica strada, affisso manifesti o giornali, e usato altoparlanti per comunicazioni al pubblico, senza autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza prevista dall'allora vigente art. 113 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza. L'ordinanza di rimessione fu scritta, nel dicembre del 1955, dal pretore della città di Prato, Antonino Caponnetto, dinanzi al quale pendeva il giudizio. A seguito di un'azione coordinata di intenzionale violazione della legge, nel corso dei quattro mesi successivi altre trenta preture rimisero identica questione alla Corte costituzionale. Gli imputati erano difesi da alcuni dei più prestigiosi giuristi dell'epoca: Vezio Crisafulli, Giuliano Vassalli e Massimo Severo Giannini. Da questa vicenda, che solo impropriamente potrebbe definirsi *fictio litis*, prese avvio la giustizia costituzionale<sup>43</sup>.

*Attualità della rilevanza.* La questione può considerarsi rilevante quando la legge che ne costituisce l'oggetto sia da applicare nel processo *a quo*. Si deve aggiungere: sia *necessariamente* da applicare. Ciò significa che la pregiudizialità deve essere attuale e la questione non può essere «eventuale» o «prematura». Non potrebbe ammettersi la questione quando il

<sup>42</sup> Modugno, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, cit., pp. 297 ss. Inoltre, G. Zagrebelsky, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1969, pp. 1001 ss., e Pizzetti e Zagrebelsky, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza», cit., pp. 122 ss.; F. Modugno, *Sulla pretesa incostituzionalità del requisito della «rilevanza» per le «questiones legitimitatis»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1971, pp. 1219 ss.

<sup>43</sup> La vicenda riportata è stata raccontata da Maurizio Fioravanti in occasione del convegno *Le sentenze che hanno cambiato la vita degli italiani*, tenutosi presso la Corte costituzionale, il 28 aprile 2016.

giudice ritenga la legge solo ipoteticamente applicabile, ovvero quando si dimostri incerto sulla legge da applicare, rinviando al prosieguo del giudizio, dopo la risoluzione della questione costituzionale, la scelta sulla legge. Ma significa anche che la necessaria applicazione della legge è da intendere allo stato degli atti, cioè al momento in cui la questione è sollevata. È ben possibile che, successivamente, l'andamento del giudizio che sia ripreso dopo la pronuncia della Corte lo renda risolubile con l'applicazione di disposizioni legislative diverse (può anzi avvenire che proprio la pronuncia della Corte sulla legge la renda inapplicabile nel processo *a quo*). Così come è ben possibile che sopravvengano, rispetto all'ordinanza di rimessione, atti o fatti che potrebbero influire sull'instaurato giudizio costituzionale. Tuttavia, non si considera inammissibile una questione solo perché essa potrebbe apparire non più rilevante in futuro. Il requisito della rilevanza riguarda il solo momento in cui è stato sollevato il dubbio di costituzionalità, gli eventi successivi risultando ininfluenti, data l'autonomia del processo costituzionale rispetto a quello principale (sent. n. 69 del 2010; ord. n. 110 del 2000). L'attualità della rilevanza è tuttavia attenuata quando la Corte, riscontrato il sopravvenuto mutamento del diritto applicabile (ord. n. 150 del 2012, in materia di procreazione medicalmente assistita), eventualmente anche determinato da una decisione di incostituzionalità della stessa Corte (ord. nn. 146 del 2011 e 239 del 2011), chiede al giudice rimettente di valutare la permanenza della rilevanza, attraverso la restituzione degli atti al giudice stesso per una valutazione sulla sua permanenza (sent. n. 112 del 2000).

*Rilevanza ed effetti della decisione.* Nella copiosa giurisprudenza formata sulla nozione di rilevanza, si trova che non sono ammesse questioni teoriche, ipotetiche, poste per interesse scientifico; che la pregiudizialità è un rapporto giuridico tra giudizi, non un pregiudizio morale, o uno stato psicologico; che la rilevanza deve essere attuale e la questione non «prematura» rispetto alle necessità applicative (tra le molte, ord. n. 161 del 2015). Tutto ciò confluisce, in sintesi, nell'affermazione che occorre che il giudice che solleva la questione «possa avvalersi della nuova situazione normativa ipotizzata dopo la dichiarazione di incostituzionalità» (sent. n. 29 del 1985).

La nozione di rilevanza non equivale a quella di *interesse* (della parte o del giudice). Sebbene in alcune occasioni la questione sia stata dichiarata irrilevante constatando che, quand'anche si fosse pervenuto alla dichiarazione d'incostituzionalità della norma impugnata, avrebbe preso il posto una diversa disposizione contenente identica disciplina del rapporto controverso (sent. nn. 122 del 1976; 1 del 1977; 199 del 1985) o tale che non avrebbe comunque potuto giovare all'accoglimento della domanda (ord. n. 71 del 2009; sent. n. 113 del 1980), la rilevanza è concetto che, di per sé, esprime un rapporto tra norme e tra giudizi, che prescinde dalle conseguenze favorevoli o sfavorevoli che si possano ipotizzare nel processo *a quo*, e quindi dall'interesse che i soggetti processuali possano avere con riguardo a tali conseguenze. La tendenza più recente è di ritenere sufficiente, ai fini dell'ammissibilità delle questioni incidentali, che la norma

impugnata sia applicabile nel giudizio *a quo*, senza che rilevino gli effetti, quali ch'essi siano, dell'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale (sent. nn. 46 e 5 del 2014; 294 del 2011). Basta che la pronuncia di accoglimento possa influire «sull'esercizio della funzione giurisdizionale, quantomeno sotto il profilo del percorso argomentativo che sostiene la decisione del processo principale» (sent. nn. 20 del 2016; 28 del 2010).

«Rilevanza» e norme penali di favore. La rilevanza della questione intesa nel senso di possibili concrete conseguenze nel giudizio *a quo* dell'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità ha dato filo da torcere alla giurisprudenza della Corte nei casi di norme penali di favore. La loro dichiarazione d'incostituzionalità non potrebbe determinare nel processo *a quo* l'applicazione della norma sfavorevole che ne prendesse il posto. È il principio di irretroattività della legge penale stabilito dall'art. 25 cpv. della Costituzione a impedirlo (si noti che il problema segnalato nasce solo per leggi penali di favore vigenti al momento della commissione del fatto, non anche per i provvedimenti penali di favore che intervengono *ex post factum*, come quelli di amnistia, la cui dichiarazione d'incostituzionalità ben può dispiegare effetti nel processo *a quo*, senza violare il principio d'irretroattività: sent. n. 321 del 1983). La legge penale più favorevole, anche se dichiarata incostituzionale, in base a quel principio dovrebbe continuare a essere applicata e la questione d'incostituzionalità che la riguardasse dovrebbe ritenersi necessariamente irrilevante (sent. nn. 91 del 1979; 122 del 1977; 85 del 1976; 26 del 1975; 62 del 1969). In una prima fase, questa è stata la posizione della Corte, anche se, in sporadiche occasioni, essa ha rimesso al giudice *a quo* le valutazioni sulle conseguenze dell'annullamento della legge penale di favore (sent. nn. 22 del 1975 e 155 del 1973) e in altra ha «sorvolato» sul problema, entrando nel merito della questione (sent. n. 123 del 1973).

Ma, il giudizio incidentale deve avere portata generale, cioè deve essere idoneo a «coprire» l'intero ordinamento per consentire il vaglio di costituzionalità di tutte le norme che lo compongono<sup>44</sup>: la conseguenza che si è appena indicata costituisce allora una grave contraddizione. Nella sentenza n. 148 del 1983, il problema è stato esaminato in vista e alla luce di tale esigenza (si trattava della questione di costituzionalità sulla norma che prevede la non punibilità dei membri del Consiglio superiore della magistratura per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, la cui dichiarazione d'incostituzionalità avrebbe allargato l'area della responsabilità penale). Dopo aver ribadito l'intangibilità del principio del cpv. art. 25 della Costituzione, e quindi il divieto di sottoporre a pena (o a pena più grave) fatti disciplinati in modo più favorevole al momento della loro commissione, la Corte ha rielaborato la nozione di rilevanza, basandosi non sugli *effetti materiali*, ma sugli *effetti giuridici* scaturenti dalla decisione d'incostituzionalità<sup>45</sup>. Fermo il principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole che impedisce alla Corte costituzionale di introdurre nuove previsioni punitive, e ferma l'esigenza di non consentire l'esistenza di «zone franche» dal controllo di legittimità costi-

<sup>44</sup> In questo senso, Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 267. Esprime, invece, l'altra «anima» del controllo incidentale della legge – cioè la tutela dei diritti controversi nel processo comune – L. Elia, *Manifesta irrilevanza della quaestio o carenza di legittimazione del giudice a quo?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1968, p. 2357.

<sup>45</sup> Sul problema indicato, anche per altre indicazioni, M. Dogliani, *Irrilevanza «necessaria» della quaestio relativa a norme penali di favore*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1976, pp. 585 ss., e V. Onida, *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1978, pp. 1249 ss.

tuzionale, la Corte ha ritenuto la sussistenza della rilevanza «poiché l'eventuale accoglimento delle questioni [...] inciderebbe, comunque, sulle formule di proscioglimento o sui dispositivi delle sentenze penali». Eventuali effetti sistematici che si verificassero a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità della norma penale di favore non dipenderebbero «dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti ad opera della Corte costituzionale, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali, [dipenderebbero, piuttosto] dall'automatica espansione delle norme comuni, dettate dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una (in tesi) incostituzionale disciplina derogatoria» (sent. n. 233 del 2015, che riprende la sent. n. 148 del 1983). La determinazione degli effetti sistematici derivanti dall'annullamento di una norma penale di favore spetta non alla Corte ma ai giudici comuni e, innanzitutto, al giudice *a quo* (sent. nn. 32, 46 e 5 del 2014; 28 del 2010).

*Il «momento» della questione pregiudiziale costituzionale.* Rilevante non è (solo) la questione che riguarda la legge la cui applicazione è, direttamente o indirettamente, necessaria per la «definizione» del giudizio, la legge cioè che regola i rapporti dedotti in causa, bensì, quella – come si è detto<sup>46</sup> – che riguarda la premessa maggiore (cioè, la regola giuridica) di tutti gli innumerevoli sillogismi attraverso i quali si snoda l'attività del giudice fino alla decisione della causa, con decisione processuale o di merito. Questo concetto «sminuzzato» di rilevanza è riconosciuto dalla Corte costituzionale (sent. n. 137 del 1983), che si è così espressa: «La pregiudizialità necessaria della questione di legittimità costituzionale rispetto alla decisione del giudizio *a quo* va intesa considerando tale decisione come conclusione di un itinerario logico, ciascuno dei cui passaggi necessari può dar luogo a un incidente di costituzionalità, ogni qual volta il giudice dubita della legittimità costituzionale delle disposizioni normative che, in quel momento, è chiamato ad applicare per la prosecuzione della definizione del giudizio».

*Provvedimenti d'urgenza e questione di costituzionalità.* Occorre, peraltro, che il giudice che ha sollevato la questione «non si sia spogliato» del giudizio. Se così fosse, non potrebbe giovare della decisione della Corte. Ciò dà luogo a notevoli problemi, con riguardo alla fase cautelare del giudizio. Di fronte all'urgenza del provvedere, in presenza d'una norma di dubbia costituzionalità, che cosa può accadere? Sollevare la questione, sospendere il giudizio e non emettere il provvedimento d'urgenza in attesa della decisione della Corte, compromettendo così le esigenze dell'urgenza? Oppure, provvedere disapplicando la legge, ma sollevando contemporaneamente la questione sulla legge, una questione che avrà però risposta dalla Corte quando non servirà più? Sembra una via senza uscita: la prima contraddice le esigenze (anche costituzionali) della tutela d'urgenza; la seconda compromette il carattere incidentale del giudizio costituzionale (quasi che il processo *a quo* sia una mera occasione per sollevare questioni, secondo l'opinione ricordata in preceden-

<sup>46</sup> A. Pizzorusso, *Valutazione della rilevanza e estinzione del reato*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1963, p. 1202.

za). La Corte, dopo oscillazioni tra ammissibilità e inammissibilità, da ultimo – in materia di procreazione assistita, in relazione all’ammissione alla cosiddetta «diagnosi preimpianto», oggetto del dubbio di costituzionalità –, ha stabilito che la questione è ammissibile sia quando il giudice dell’urgenza ha concesso, sia quando ha negato il provvedimento, «purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce» (sent. nn. 151 del 2009, nonché, in vario senso, 200 e 162 del 2014; 172 del 2012; 161 del 2008 e ord. nn. 25 del 2006 e 393 del 2008). È un’affermazione, in sé, poco chiara che, tuttavia, presenta almeno un significato: sia pure sotto la pressione dell’urgenza e con provvedimento provvisorio (in attesa del giudizio nel merito sulla domanda, nel processo *a quo*), il giudice può disapplicare la legge che considera incostituzionale, dando luogo all’applicazione diretta della Costituzione<sup>47</sup>.

*Ordine delle questioni.* Poiché, dunque, una questione di costituzionalità può proporsi in qualunque momento del giudizio, in tutte le sue fasi, rispetto a norme processuali o sostanziali, e non solo al termine del procedimento in relazione alle norme da applicare per la decisione finale, si pone il problema di determinare l’ordine di esame della questione di costituzionalità rispetto a tutte le altre che possano proporsi nel corso di un giudizio (per esempio, le questioni di giurisdizione e competenza, quelle relative alle cause di non perseguibilità e di improcedibilità, alla legittimazione dell’attore, alla validità dell’atto introduttivo, all’estinzione del reato o alla prescrizione del diritto ecc.). La regola da seguire sembra così formulabile: il giudice non darà mai la preferenza alla pregiudizialità costituzionale, e non sospenderà quindi mai il processo per causa di detta pregiudizialità, se non dopo aver risolto le questioni da cui può dipendere la «rilevanza» della norma della cui legittimità costituzionale si tratta<sup>48</sup>. Evidentemente, se il giudice declina la propria giurisdizione o la propria competenza, oppure se rileva una causa di improcedibilità o di non perseguibilità, la questione di costituzionalità sulle norme che regolano il merito della domanda non avrà alcuna incidenza sulla pronuncia che il giudice si accinge ad adottare<sup>49</sup>.

*La cosiddetta «doppia pregiudizialità».* L’autorità giudiziaria, ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (*ex art. 234 del Trattato CE*), può o deve, a seconda dei casi (può, se giudice le cui decisioni sono impugnabili; deve, se giudice di ultima istanza), devolvere alla Corte di giustizia dell’Unione europea le questioni pregiudiziali d’interpretazione del diritto comunitario che deve applicare. Ciò significa

<sup>47</sup> Sul tema, L. Carlassare (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 1988, e C. Pagotto, *La disapplicazione della legge*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 283 ss.

<sup>48</sup> M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 65.

<sup>49</sup> Pizzorusso, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., pp. 248 ss.



trovarsi nella condizione di sollevare due pregiudiziali: quella interpretativa comunitaria e quella di legittimità costituzionale. A tal proposito, la Corte costituzionale ha costantemente escluso che il giudice possa sollevare contemporaneamente entrambe le questioni, e ha affermato che la pregiudiziale comunitaria precede quella costituzionale, incidendo sulla rilevanza della questione: la contemporanea sollevazione delle questioni, infatti, determinerebbe «la manifesta contraddittorietà dell'ordinanza di rimessione, in quanto il giudice solleva contemporaneamente “questione pregiudiziale” interpretativa dei principi del Trattato CE avanti alla Corte di giustizia, al fine di accertare se la norma censurata sia compatibile con l'ordinamento comunitario e, quindi, applicabile all'ordinamento italiano, e questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, così presupponendo che la norma, di cui egli stesso ha sollecitato l'interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile» (ord. nn. 85 del 2002 e 165 del 2004; più recente, sent. n. 216 del 2014).

*Il controllo esterno sulla rilevanza.* Tutto ciò che si è fin qui detto vale dal punto di vista del giudice davanti al quale pende la causa principale. Il punto di vista muta quando ci si pone dal lato della Corte costituzionale, quando ci si domanda se essa possa sindacare l'*iter* logico seguito dal giudice che ha ritenuto esistere la rilevanza della questione prospettata. In conseguenza del principio di autonomia dei giudizi, la Corte è, in linea di principio, estranea a siffatto tipo di valutazioni. Come si legge anche in decisioni recenti (ad esempio, sent. n. 71 del 2015), il giudizio di rilevanza «è riservato al giudice rimettente, sì che l'intervento della Corte deve limitarsi ad accertare l'esistenza di una motivazione sufficiente, non palesemente erronea o contraddittoria». La rilevanza non può quindi semplicemente essere affermata dal giudice *a quo*. Sulla sufficienza, non erroneità palese e non contraddittorietà della motivazione sulla rilevanza, la Corte può (e deve) esercitare un controllo, al fine di garantire che la questione di costituzionalità non cambi natura: che da questione incidentale, come deve essere, non si trasformi in una denuncia astratta da parte del giudice *a quo*, che solleva questione perché la norma non gli va (costituzionalmente parlando) a genio, e non perché deve applicarla. Il giudizio sulla rilevanza della questione non è, dunque, della Corte, ma del giudice *a quo*. L'una non può sostituirsi all'altro. Ma la Corte può svolgere un controllo, per così dire, *esterno*: un controllo di plausibilità (o, come usa dire la Corte stessa, di non implausibilità) della valutazione già fatta dal giudice *a quo*.

Tuttavia, non sempre la Corte si attiene a tale limitato vaglio della rilevanza, divenendo il suo controllo più incisivo. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la questione è dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza quando: *a*) il giudice rimettente non ha illustrato in modo adeguato o soddisfacente i fatti del giudizio principale, non chiarendo l'effettiva applicabilità della disposizione censurata (ord. nn. 12, 46 e 79 del 2017; 118 del 2016; n. 250 del 2011); oppure, *b*) il giudice rimettente, avendo inadeguatamente individuato il contesto normativo, opera un'erronea qualificazione giuridica dei fatti sottoposti al suo giudizio (sent. n. 76 del 2016, ord. nn. 264 del 2015 e 116 del 2014) ovvero solleva la questione su una disposizione quando dovrebbe censurarne un'altra (sent. nn. 31 e 35 del 2017; 140 del 2016). Si

tratta di un controllo spesso stringente. In passato, il controllo si concludeva con una decisione di restituzione degli atti al giudice rimettente affinché rivalutasse la rilevanza; oggi, si conclude perlopiù con una decisione di inammissibilità.

*Verso una nuova concezione della matrice concreta della questione?*

Si è detto sopra che, attraverso la rilevanza, il giudizio costituzionale, diretto al controllo della legittimità costituzionale della legge come tale, manifesta la sua matrice concreta, ossia il suo legame con un caso (o una controversia giudiziaria), avente la propria specifica utilità (la garanzia di posizioni giuridiche soggettive, dibattute in giudizio). La «fortuna» del giudizio costituzionale in via incidentale<sup>50</sup> sta proprio in ciò: nel coniugare le esigenze della tutela individuale con quelle della legittimità oggettiva dell'ordinamento. Tuttavia, sembra doversi registrare l'attenzione, da parte della Corte costituzionale, verso una diversa e più ampia nozione di concretezza della questione: svolgendo al massimo l'idea di autonomia dei due giudizi, il giudizio costituzionale potrebbe svincolarsi da quello dal quale ha avuto origine. Nella sentenza n. 10 del 2015, infatti, la Corte costituzionale, riassumendo i propri precedenti, ha affermato che il requisito della rilevanza «opera soltanto nei confronti del giudice *a quo*, ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte *ad quem* al fine della decisione sulla medesima»; che la Corte svolge «un controllo di mera plausibilità sulla motivazione contenuta, in punto di rilevanza, nell'ordinanza di rimessione, comunque effettuato con esclusivo riferimento al momento e al modo in cui la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata»; e che, del resto, «in virtù della declaratoria di illegittimità costituzionale, gli interessi della parte ricorrente trovano comunque una parziale soddisfazione nella rimozione, sia pure solo *pro futuro*, della disposizione costituzionalmente illegittima». Si tratta di affermazioni dirette a giustificare (per la prima volta) la limitazione temporale solo *pro futuro* degli effetti di una propria declaratoria di illegittimità costituzionale: solo una siffatta nozione di concretezza della questione, che prescinde del tutto dall'utilità della decisione per le parti del giudizio principale, ha potuto consentire una deroga al generale principio della retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale (su cui *infra*, pp. 184 ss.). Tale stessa nozione di concretezza è stata richiamata nella successiva sentenza n. 119 del 2015, ove la Corte ha esplicitamente ammesso che «il giudizio di legittimità costituzionale si svolge oltre che nell'interesse privato, anche e in primo luogo in quello pubblico e per questo non lo influenzano le vicende del processo che lo ha occasionato», con la conseguenza che «la rilevanza della questione

<sup>50</sup> M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in M. Bussani (a cura di), *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione*, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Napoli, ESI, 2014, pp. 27 ss. Per una ricostruzione ampia del concetto di «concretezza» e dei suoi risvolti giurisprudenziali, G. Monaco, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2016; e, più recentemente, G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.

non si traduce [...] nella necessità di una concreta utilità per le parti del giudizio di merito». Su tale base è stata ammessa la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione, in sede di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge (art. 363, terzo comma, cod. proc. civ.), su una disposizione che, prevedendo il requisito della cittadinanza italiana, escludeva i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato italiano dalla possibilità di essere ammessi a prestare il servizio civile nazionale. Si legge nella decisione che, anche se l'esito del giudizio di legittimità (e la conseguente decisione della Corte di cassazione) risultasse ininfluenza sulla concreta vicenda processuale (avendo, *medio tempore*, il ricorrente nel giudizio di merito acquisito la cittadinanza italiana), ciò non determina alcun superamento del carattere pregiudiziale della questione, né alcuna modifica dell'incidentalità. Ciò è conforme al principio (di cui già s'è detto) che la rilevanza deve valutarsi in relazione al momento in cui la questione è sollevata, ma la Corte va più in là evocando lo «scopo primo» della questione: la tutela dell'interesse generale dell'ordinamento alla legalità costituzionale. Le maglie del controllo sulla rilevanza, dunque, si fanno più larghe, ampliando così le vie di accesso alla giustizia costituzionale. Un ampliamento, o meglio un non eccessivo restringimento, che passa per il tramite dell'adattamento delle regole procedurali alle superiori esigenze del giudizio di legittimità costituzionale: «rendere giustizia costituzionale», contribuendo, di là dal concreto interesse delle parti del giudizio *a quo*, a conformare l'ordinamento alla Costituzione<sup>51</sup>.

## 7.2. La «non manifesta infondatezza» della questione di legittimità costituzionale

*Un filtro «di merito».* La seconda condizione di proponibilità della questione incidentale riguarda il suo *fondamento giuridico*. Solo le questioni «non manifestamente infondate» (artt. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 e 23 cpv., della l. n. 87 del 1953) possono giungere all'esame della Corte costituzionale. È stato in questo modo creato un filtro di merito, destinato a fronteggiare le manovre delle parti esclusivamente dilatorie e defatigatorie e a evitare il sovraccarico del giudice costituzionale di pseudo-questioni di costituzionalità. Attraverso questo controllo sommario o, come si dice, *prima facie*, del fondamento della questione, si realizza, almeno in minimi termini, una sorta di valutazione diffusa di costituzionalità<sup>52</sup>, ma solo a senso unico, per escludere l'esistenza di vizi e, dunque, *non* sollevare la questione.

La «non manifesta infondatezza» come mero «dubbio» di costituzionalità. La formula doppiamente negativa «non manifesta infondatezza» non equivale alla formula positiva «manifesta fondatezza». In altre parole, non

<sup>51</sup> M. Ruotolo, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di «rendere giustizia costituzionale»*, in «Rivista AIC», n. 1 del 2015.

<sup>52</sup> Per questo rilievo, Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 240.

è necessario che la questione appaia manifestamente fondata. Per poter essere rimessa alla Corte è sufficiente che sussistano dubbi di costituzionalità; che non possa essere dimostrata la manifesta infondatezza. A parte le formule linguistiche, è chiaro che si è inteso introdurre un filtro largo: esso esclude solo i casi evidentemente privi di consistenza; lascia passare ogni caso in cui anche solo un dubbio possa porsi. Il requisito della non manifesta infondatezza «non comporta che il giudice sia convinto della fondatezza e nemmeno esclude che egli rimanga soggettivamente persuaso del contrario; è invece sufficiente che esistano ragioni di incertezza» (sent. n. 161 del 1977). Perciò il giudice è tenuto a sollevare la questione anche se è convinto dell'infondatezza, ma tuttavia non è in grado di motivare il rigetto della questione stessa in modo pienamente convincente, a norma dell'art. 24 della legge n. 87 («L'ordinanza che respinge l'eccezione d'illegittimità costituzionale per manifesta [...] infondatezza deve essere adeguatamente motivata»).

Difficile è dire in che consista precisamente il carattere in esame. È perciò possibile che i giudici siano portati ad assumere atteggiamenti che a taluno possano apparire o troppo corrivi o troppo rigorosi. Ci si muove infatti su un terreno estremamente opinabile. Ciò nonostante, qualche elemento «oggettivo» su cui appoggiare questa valutazione esiste. La presenza di «radicati dissensi dottrinali e giurisprudenziali» sulla legittimità costituzionale della legge deve accuratamente essere considerata nella valutazione della non manifesta infondatezza (sent. nn. 143 del 1982; 23 del 1978; 161 del 1977): è vero, infatti, che tale valutazione è propria del giudice singolo di fronte al quale pende la causa; ma è altresì vero che questo giudice si fa portatore di un'esigenza istituzionale, oggettiva, che corrisponde a un interesse che in qualche misura lo trascende per assumere una dimensione generale. Tra le indicazioni giurisprudenziali, particolare importanza assumono quelle che possono provenire dalla stessa giurisprudenza costituzionale sulla medesima questione o su altre analoghe, le quali possono far pensare che, ribadendosi lo stesso criterio di giudizio, la questione nuova sarebbe accolta e la legge dichiarata incostituzionale. In altri termini, quando è la stessa Corte costituzionale – organo del controllo accentrato di costituzionalità sulle leggi – che esprime un convincimento nel senso dell'incostituzionalità (come avviene tipicamente nelle sentenze interpretative), non è lecita una valutazione contraria del giudice comune, addirittura così chiara che l'infondatezza possa dirsi «manifesta». Per questa ragione, attraverso le proprie motivazioni e perfino con i propri *obiter dicta*, la Corte costituzionale è in grado di orientare l'esercizio del potere di iniziativa nel processo incidentale, quasi sollecitando la rimessione di nuove questioni davanti a sé stessa. Si osservi, però, che gli orientamenti della Corte costituzionale nel senso dell'infondatezza, non sono preclusivi della proposizione della questione, quando il giudice *a quo* ritenga diversamente. Il rigetto della questione da parte della Corte non ne esclude la riproposizione e – cosa che accade di rado, ma accade – l'accoglimento, la seconda volta. Ciò appare conforme al *favor* per la proposizione delle questioni che la non manifesta infondatezza esprime con la sua formula doppiamente negativa.

*Un giudizio anticipato di costituzionalità?* Nella prima fase di attività della Corte, la dottrina<sup>53</sup> pose attenzione all'eventualità che i giudici comuni, andando

<sup>53</sup> P. Calamandrei, *Sulla nozione di non manifesta infondatezza*, in «Rivista di diritto processuale», II, 1956, pp. 165 ss.; V. Andrioli, *Questione di legittimità costituzionale*

al di là del compito che a loro è affidato, esercitassero un controllo sulla non manifesta infondatezza che, invece di mantenersi nei limiti della «delibazione», si risolvesse in una vera e propria decisione sul problema di costituzionalità, nel senso della compatibilità della legge con la Costituzione. Si paventava la possibilità di una vera e propria usurpazione di poteri che, nel nostro sistema di sindacato accentrato, sono esclusivamente della Corte costituzionale. La preoccupazione era giustificata dall'atteggiamento di chiusura verso i nuovi valori costituzionali, assunto dalla magistratura di allora, soprattutto nelle sue istanze superiori<sup>54</sup>. Preoccupazione che indusse a sostenere che il giudice che non si fosse attenuto alla delibazione della sola non manifesta infondatezza e avesse chiuso alla questione la via della Corte in seguito a valutazioni a lui non consentite, sarebbe incorso nel vizio di difetto assoluto di giurisdizione<sup>55</sup>. Sarebbe stato altresì possibile immaginare il sorgere di un conflitto di attribuzione per omissione, sollevato dallo stesso giudice costituzionale di fronte a sé stesso, per rivendicare una competenza che gli è riservata<sup>56</sup>. L'esperienza più vicina a noi ha ridimensionato, se non addirittura ribaltato, questo pericolo, soprattutto in considerazione del ruolo assunto, quale ulteriore condizione per la proposizione della questione, dal canone dell'interpretazione conforme.

### 7.3. La sperimentazione dell'interpretazione conforme

Un problema, importante sia teoricamente che praticamente, riguarda il rapporto tra la valutazione della non manifesta infondatezza e l'interpretazione della legge conforme alla Costituzione (altrimenti detta «adeguatrice»). Ci si chiede in quale posizione il giudice si trovi quando, della legge, sia possibile tanto un'interpretazione costituzionalmente conforme, quanto un'interpretazione difforme. In breve: di fronte a questa possibilità, *deve sollevare* la questione in base all'interpretazione difforme, oppure deve dare l'interpretazione conforme e *non sollevarla*. In un primo tempo, anche al fine di consentire l'accentramento presso la Corte dell'armonizzazione delle leggi alla Costituzione, si sosteneva la prima tesi<sup>57</sup>; oggi,

*manifestamente fondata?*, *ibidem*, pp. 229 ss.; V. Crisafulli, *Una «manifesta infondatezza» che non sussiste*, in «Foro italiano», III, 1957, cc. 42 ss.; A. Sandulli, *Rapporti tra giustizia comune e giustizia costituzionale in Italia*, Padova, Cedam, 1968, p. 13; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 529 ss., 589 ss. e 599 ss.; R. Romboli, *Passato e avvenire della «manifesta infondatezza»*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1983, pp. 1120 ss.; Pizzetti e Zagrebelsky, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza», cit., pp. 80 ss.; Pizzorusso, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., pp. 258 ss.

<sup>54</sup> P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, pp. 42 ss.; A. Pace, *I limiti dell'interpretazione «adeguatrice»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1963, pp. 1066 ss.

<sup>55</sup> M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, Il Mulino, 1983, p. 221.

<sup>56</sup> La tesi è di P. Calamandrei, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria* (1956), ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, Morano, 1968, p. 643. Essa è stata ripresa da F.P. Bonifacio, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, p. 51; M. Cappelletti, *ibidem*, p. 393; V. Gueli, *La Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. III: *Diritto processuale*, Padova, Cedam, 1958, p. 367.

<sup>57</sup> Calamandrei, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria* (1956), ora in Id., *Opere giuridiche*, cit., vol. III, p. 643; Pace, *I limiti dell'interpretazione «adeguatrice»*, cit., pp. 1066 ss.

la seconda<sup>58</sup>. Se le norme della Costituzione «fanno sistema» con quelle legislative, non c'è ragione per escludere che il giudice comune, prima di sollevare la questione, debba sottoporre la legge alla sua interpretazione secondo il criterio sistematico. Interpretazione della legge in sé e adeguamento alla Costituzione non sono perciò due momenti distinguibili, poiché il secondo è elemento dell'interpretazione della legge, come tale. Se è possibile un'interpretazione adeguatrice della legge da parte del giudice *a quo*, non vi sarà una vera questione di costituzionalità ma, piuttosto, una questione d'interpretazione, pertanto rientrante nei normali poteri (e doveri) del giudice che deve applicarla. Tale orientamento ha trovato espressione in una formula della sentenza n. 356 del 1996 (numerose volte ripetuta e assurda, presso alcuni commentatori, a segno addirittura d'una svolta<sup>59</sup>), secondo la quale «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». Ciò significa che, quando il giudice *a quo* non ha fatto uso di tutti gli strumenti interpretativi di cui dispone per tentare l'armonizzazione della disposizione censurata alla Costituzione, la Corte non accetta di prendere in esame la questione. Più precisamente, la questione è dichiarata inammissibile. In questo senso si è detto che la motivazione circa l'impossibilità dell'interpretazione adeguatrice è divenuta un requisito di validità dell'ordinanza di rimessione.

«*Non manifesta infondatezza*» e rapporto dei giudici con la Costituzione. Il carattere di «non manifesta infondatezza», previsto come condizione della questione di legittimità costituzionale, risulta così trasformato: non può più essere inteso nel senso della semplice delibazione superficiale del rapporto tra la legge e la Costituzione, ma come via che immette pienamente l'autorità giudiziaria nella cognizione della dimensione costituzionale delle vicende e delle controversie giuridiche. La questione di costituzionalità deve essere sollevata non (più) ogniqualvolta vi sia un mero dubbio sulla legittimità di una legge, ma ogniqualvolta, dopo avere fatto prova di tutti i tentativi di armonizzazione della legge alla Costituzione, resti ancora anche solo un dubbio. Il *doveroso* esperimento dell'interpretazione adeguatrice<sup>60</sup> (doveroso, pena l'inammissibilità della questione) ha mutato la «non manifesta infondatezza» in convinzione del giudice circa l'impossibilità di pervenire, con gli strumenti dell'in-

<sup>58</sup> Così, già G. Grottanelli De' Santi, *Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1963, pp. 417 ss.

<sup>59</sup> E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 88, vede in tale decisione «uno spartiacque». Segnala, invece, gli elementi di continuità M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, vol. III, pp. 2469 ss.

<sup>60</sup> R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 683 ss.; M. Dogliani, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in «Associazione italiana costituzionalisti», 2012, n. 1.

interpretazione, a un risultato che escluda ogni dubbio. Si può dire così: di fronte al «primo dubbio», il giudice deve cercare di superarlo con le sue forze; se non ci riesce, allora deve sollevare la questione d'incostituzionalità. Non si tratta, però, della trasformazione della «non manifesta infondatezza» in «fondatezza», né, tanto meno, in manifesta fondatezza. Nemmeno si tratta di una nuova (la terza) condizione di ammissibilità della questione. Si è sul piano dell'interpretazione: il giudice deve fare uso fino in fondo dei propri poteri di interpretazione sistematica e poi, solo poi, prendere atto che i mezzi interpretativi di cui dispone sono insufficienti a eliminare i dubbi e, allora, porre la questione. Si tratta di uno sviluppo del tutto naturale della logica dell'«incidentalità»<sup>61</sup>: uno sviluppo che si traduce, inevitabilmente, nell'immissione dell'argomentazione «in diritto costituzionale» nella vita ordinaria del diritto legislativo e nell'assunzione da parte dei giudici comuni di un ruolo pregnante e attivo nell'applicazione della Costituzione. La Corte non risulta affatto emarginata; le spetta il giudizio in tutti i casi in cui l'interpretazione conforme non è possibile: o perché è al di là delle possibilità dell'interpretazione, secondo i canoni ordinari, o perché impedita dall'esistenza di un «diritto vivente», o perché lo stesso giudice *a quo* insiste nell'interpretazione incostituzionale. Come si legge in una recente decisione costituzionale (sent. n. 36 del 2016), «l'interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra [...], ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme alla Costituzione, il giudice è tenuto a investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale».

L'obbligo del giudice di tentare l'interpretazione conforme, previamente alla proposizione della questione d'incostituzionalità, incontra il limite oltre il quale il giudice si sostituirebbe alla Corte costituzionale. Come esempio di prevaricazione, vale una sentenza della Corte di cassazione (sez. III pen., 20 gennaio 2012, n. 4377) in tema di graduabilità delle misure cautelari nel processo penale, che ha contraddetto il carattere accentratore del nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi. Nella sentenza n. 265 del 2010, la Corte costituzionale, in relazione a misure nei confronti di soggetti sottoposti a processo per determinati reati contro la libertà sessuale, aveva stabilito l'incostituzionalità della custodia in carcere, in quanto prevista come conseguenza automatica, indipendentemente dalle ordinarie concrete esigenze di natura cautelare, demandando al giudice, caso per caso, la valutazione dell'adeguatezza della misura in riferimento ai singoli casi. La Corte di cassazione, senza sollevare una nuova questione, si è ritenuta auto-

<sup>61</sup> Diversamente, in dissenso, V. Angiolini, *L'interpretazione conforme nel giudizio sulle leggi*, in M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 7 ss.; M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 413 ss. e Id., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, in «Enciclopedia del diritto», pp. 390 ss. Un esame critico ed equilibrato delle diverse posizioni in Ruotolo, *Interpretazione conforme*, cit.

rizzata ad applicare il principio di diritto (l'incostituzionalità dell'«automatismo legislativo») in relazione ad altro delitto, che non era venuto in considerazione nella decisione della Corte costituzionale ponendosi così, essa stessa, come giudice facente funzione della Corte costituzionale. Questa, con la sentenza n. 110 del 2012, ha reagito a tale pretesa, accogliendo la questione anche in relazione a tale ipotesi di reato (aderendo alla sostanza della pronuncia della Corte di cassazione), implicitamente affermando che ai giudici non spetta il potere di disapplicare la legge e che solo una sentenza d'incostituzionalità, ottenuta attraverso la proposizione della questione alla Corte, esonera i giudici dalla soggezione alla legge che vale finché essa è in vigore.

#### 7.4. Le condizioni di proponibilità delle questioni incidentali a seconda dell'iniziativa di parte o del giudice d'ufficio

La diversa *ratio* dell'iniziativa delle parti e di quella del giudice, che si è già avuto modo di rilevare, trova riscontri a proposito del diverso modo di operare delle due condizioni di proponibilità della questione che sono state or ora esaminate.

*a) Iniziativa di parte.* Nel caso di iniziativa di parte (compreso il pubblico ministero), la rilevanza e la non manifesta infondatezza svolgono la funzione negativa di filtro delle questioni ingiustificate, in quanto ininfluenti o pretestuose. La questione proposta dalle parti non è destinata a essere assorbita in un generale potere di impulso del giudice. A questi spetta o impedirne il proseguimento, nel caso in cui la questione sia irrilevante o manifestamente infondata, ovvero, nel caso contrario, aprirne la strada di accesso alla Corte costituzionale. La prima eventualità è dunque che l'iniziativa di parte «incappi» nel filtro. In tal caso, il giudice deve provvedere, respingendo l'istanza con un'ordinanza «adeguatamente motivata», *ex art.* 24 della legge n. 87 del 1953. Si noti, per ciò che queste formule possono valere a significare: di regola le ordinanze nel processo sono «succintamente» motivate, *ex art.* 134 c.p.c. Si comprende questa differenza: qui si tratta dell'esercizio di un diritto fondamentale (e non semplicemente dello «stimolo» all'esercizio di una funzione che è comunque riservata al giudice) e, dunque, occorre circondare di cautele particolari l'atto che lo impedisce.

L'ordinanza del giudice che respinge la questione non è autonomamente impugnabile: infatti, la questione di legittimità costituzionale non può divenire autonoma dalla domanda di merito, rispetto alla quale essa deve essere «rilevante». A ritenere il contrario, si consentirebbe la proposizione di questioni che contraddicono il carattere concreto del giudizio incidentale. Comunque – precisa l'art. 24 cpv. della legge n. 87 – l'eccezione può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo, cioè accessoriamente rispetto all'impugnazione della sentenza per vizi suoi propri attinenti alla gestione della causa di merito (sent. n. 63 del 2003 e 48 del 2001). Tuttavia, il perdurante dubbio circa la legittimità costituzionale della legge applicata in un grado del giudizio è motivo di gravame della sentenza. Ciò non trasforma la questione da concreta in astratta, poiché con il fondamento legislativo della decisione se ne impugna necessariamente il contenuto decisorio, mettendolo in discussione sotto il profilo di un vizio di diritto.



La formula del cpv. dell'art. 24 citato determina anche chiaramente il momento della riproposizione della questione in sede di gravame: l'inizio del procedimento di grado successivo. Ciò è ovvio (e anche superfluo) trattandosi di eccezione che costituisce motivo di impugnazione e non si saprebbe quindi quando altrimenti essa potrebbe essere proposta. Altra cosa è se una questione possa essere proposta per la prima volta in sede di gravame. La risposta non può che essere positiva. Il vizio della legge, infatti, può sempre essere rilevato, certamente dal giudice d'ufficio e naturalmente anche dalle parti in causa. Il cpv. dell'art. 24 non prova del resto contro questa conclusione: esso dice che non c'è preclusione quando la questione sia già stata proposta e venga riproposta. Ma non riguarda il diverso problema della proponibilità della questione per la prima volta nel corso di un processo.

La seconda eventualità è che la questione sollevata dalla parte esca indenne dai controlli cui il giudice *a quo* deve sottoporla. In tal caso essa sarà recepita nell'ordinanza che trasmette la questione alla Corte, riferendo i termini della questione per come essa è stata proposta, secondo l'istanza di parte. Il giudice *a quo* potrà semmai integrare d'ufficio la questione, mai ridurne la portata, a meno che vi siano ragioni per opporre l'irrilevanza o la manifesta infondatezza di qualche suo aspetto. Ma, per far questo, il giudice dovrà respingere la questione per tali parti, attraverso un'ordinanza di rigetto parziale (sent. n. 41 del 1958).

*b) Iniziativa d'ufficio.* Nel caso d'iniziativa d'ufficio, la rilevanza e la non manifesta infondatezza svolgono una funzione opposta: invece che di filtro negativo, di sollecitazione positiva, la funzione di causa efficiente della proposizione della questione. Le condizioni dell'iniziativa svolgono, dunque, una diversa funzione, a seconda che vi sia una dualità tra chi prende l'iniziativa (la parte) e chi la controlla (il giudice), oppure non vi sia (quando il giudice agisca *ex officio*). Anzi, alla stregua delle norme vigenti (artt. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 e 23 della l. n. 87 del 1953) tali condizioni sono previste, secondo la lettera, solo con riguardo all'iniziativa di parte. Nessuna norma prescrive specificamente a quali condizioni sottostà l'iniziativa del giudice. Ma ciò appare ininfluenza. Infatti, per la rilevanza, è da richiamare quanto già esposto circa il significato che in generale è proprio del sistema incidentale adottato. Tale significato qualifica anche l'iniziativa del giudice, in quanto iniziativa funzionale alla decisione della causa. Per la non manifesta infondatezza vale la stessa notazione di superfluità: il giudice agirebbe contro la sua ragione se prendesse iniziative che egli stesso per primo considerasse prive di qualunque fondamento. In ogni caso, anche l'ordinanza del giudice *a quo* deve essere motivata, come qualunque provvedimento giudiziario e quindi da ciò risulta la necessità che non su qualunque legge sorga una questione di costituzionalità, ma solo su quelle che deve applicare, la cui legittimità gli appaia certa o, almeno, dubbia.

La *reductio ad unum* delle iniziative sotto il profilo dei loro requisiti giunge a risultati palesemente assurdi, quando attribuisce al giudice il controllo su di essi, come se egli prima insensatamente proponesse questioni prive di consistenza e poi, sensatamente, le accantonasse. Le due

condizioni allora, nell'iniziativa d'ufficio, valgono come elementi positivi, non negativi-selettivi, che determinano il dovere di proporre la questione. Si potrebbe sostenere che il giudice debba sempre proporsi la questione di costituzionalità su tutte le leggi con cui ha a che fare, per poi accoglierle o respingerle? Discorsi di questo genere si svolgerebbero su un piano puramente astratto poiché, quali che siano i «doveri» del giudice, mancano strumenti per controllare l'eventuale comportamento omissivo. Perciò, al di là di tutte le proclamazioni teoriche sulla doverosità dell'iniziativa d'ufficio del giudice<sup>62</sup>, l'esercizio di tale potere è scelta soggettiva che mal si concilia, in concreto, con il suo (astratto) carattere di doverosità. Ciò non significa negare tale carattere, che è facilmente deducibile dalla *ratio* stessa dell'iniziativa del giudice, ma vale a sottolineare l'iniziativa di parte, come mezzo per rendere efficace e garantito il meccanismo di instaurazione incidentale. Solo su tale iniziativa la questione di costituzionalità sorge formalmente e non può essere accantonata, se non nel caso in cui sia possibile motivare la sua manifesta infondatezza e la sua irrilevanza nell'ordinanza prevista dall'art. 24 della legge n. 87. Per ragioni teoriche, è lecito forse sottolineare la questione promossa dal giudice d'ufficio come ipotesi-base<sup>63</sup>. Ma ciò, oltre a disconoscere una *ratio* fondamentale dello stesso controllo di costituzionalità (il diritto d'azione a tutela dei diritti costituzionali) e a subordinarla alla *ratio* oggettiva della costituzionalità delle leggi, ignora come le cose realmente si svolgono e disconosce che tale ipotesi-base non è affatto idonea a garantire la funzionalità del congegno incidentale, rimettendola alla libera e arbitraria (perché priva di riscontri) determinazione del giudice.

## 8. Il *thema decidendum* nel giudizio incidentale

*I «termini» della questione di costituzionalità.* Nella questione che il giudice pone alla Corte costituzionale deve potersi identificare il cosiddetto *thema decidendum*. Esso costituisce il limite entro il quale la decisione della Corte deve operare, in applicazione del principio di «corrispondenza tra chiesto e pronunciato» (art. 27 della l. n. 87 del 1953). Tale limite non è poi estensibile, né a opera della Corte d'ufficio, né su iniziativa delle parti. L'ordinanza con la quale la questione è sollevata ne determina, quindi, definitivamente i confini (da ultimo, sent. n. 213 del 2017).

Tale determinazione è compiuta tramite l'indicazione delle disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge, dello Stato o della Regione, che si assumono viziati da incostituzionalità, e delle disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si affermano violate (art. 23, primo e secondo comma, della l. n. 87). Queste indicazioni costituiscono propriamente ciò che l'art. 23 citato denomina «i termini» della questione:

<sup>62</sup> Per esempio, Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale*, cit., pp. 164 e 206; V. Andrioli, *Questioni d'incostituzionalità e affari non contenziosi*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1958, p. 402; Pizzorusso, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 215.

<sup>63</sup> Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, pp. 267 e 287.

le norme di legge ordinaria sono l'«oggetto» della questione; le norme costituzionali (insieme al termine di paragone, nei giudizi di eguaglianza) sono i «profili» della questione di costituzionalità (che coincidono con i vizi della legge). Oltre questi termini la Corte non può andare prendendo in considerazione «ulteriori questioni o censure di costituzionalità dedotte dalle parti, sia che siano state eccepite ma non fatte proprie dal giudice *a quo*, sia che siano dirette ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze» (sent. nn. 213 del 2017, 327 del 2010, ord. nn. 138 del 2017 e 469 del 1992).

*Distinzione tra «thema decidendum» e motivi della questione.* L'ordinanza che solleva la questione deve altresì indicarne i «motivi» (art. 23 cpv.) a pena di inammissibilità, deve cioè contenere una qualche argomentazione circa l'esistenza del contrasto tra legge e Costituzione. Il *thema decidendum*, tuttavia, non è determinato che dai «termini» della questione, non anche dai motivi della questione. La Corte, nell'ambito delle disposizioni evocate, può infatti sempre argomentare come ritiene più corretto e il suo è, in quell'ambito, un giudizio pieno che non si riduce puramente a un controllo sui buoni o cattivi argomenti impiegati dal giudice *a quo* nel prospettare la questione. Non è, insomma, come il riscontro che la Corte di cassazione fa sulla correttezza o logicità della motivazione delle sentenze dei giudici di merito; non è un controllo su un giudizio già fatto da altri, ma un giudizio da farsi in proprio. Ciò è tanto più vero, in quanto l'argomentazione del giudice *a quo* non sempre e necessariamente è concludente nel senso dell'incostituzionalità, ma può limitarsi all'argomentazione dei dubbi d'incostituzionalità. Inoltre, poiché la Costituzione s'interpreta nel suo insieme e non per parti separate, è chiaro che la Corte, nel suo giudizio, può riferirsi a norme della Costituzione diverse da quelle evocate dal giudice *a quo*, quando esse valgono ad argomentare la non-incostituzionalità (non, invece, per modificare, allargandoli, i termini della questione in vista dell'incostituzionalità).

*Definizione del «thema decidendum».* Il *thema decidendum* deve essere definito e, con questo, gli elementi della questione delineati con chiarezza. La «definizione» non è la «delimitazione» della questione che si opera attraverso l'indicazione delle disposizioni di legge e delle disposizioni costituzionali. Si richiede qualcosa di più: la precisazione dei *contenuti* che il giudice intende trarre dalle disposizioni della legge impugnata. In altri termini, il giudice deve precisare quale norma egli ritenga che si debba trarre interpretativamente dalla disposizione, ogniqualvolta non vi sia corrispondenza tra una disposizione e una (sola) norma (sulla scindibilità tra disposizione e norma, *infra*, pp. 202 ss.). Se da una disposizione si possono ricavare più norme e il giudice non opera la scelta tra esse, è come se, con un solo atto, venissero sollevate, alternativamente, più questioni, ciò che non è ammissibile. Ogni questione, infatti, deve avere un unico oggetto.

In questo senso è la giurisprudenza della Corte costituzionale. Essa richiede che il giudice *a quo* «si esponga», «si comprometta» nel precisare i termini della

questione. Ciò comporta che: *a*) non si possono proporre meri dubbi interpretativi, o dubbi che il giudice potrebbe risolvere in via interpretativa (sent. n. 356 del 1996); *b*) non si possono sollevare questioni all'unico scopo di ottenere un avallo interpretativo a favore di una data interpretazione (ord. nn. 87 e 21 del 2016); *c*) non si possono porre questioni alternative, ossia prospettare più possibili interpretazioni della stessa disposizione e chiedere su di esse una pronuncia della Corte: in questo caso, infatti, la decisione diventerebbe una pronuncia su un oggetto ipotetico (ord. nn. 18 e 4 del 2016); *d*) né si possono sollevare questioni su contenuti normativi «che risultano al tempo stesso diversi e considerati, per così dire, alla pari» (sent. nn. 30 e 225 del 1983); *e*) nemmeno si possono ammettere le questioni formulate «in termini perplessi» (sent. nn. 269 del 1984; 164 del 1985; ord. n. 397 del 1998), o contraddittori (sent. n. 123 del 1988 e ord. n. 337 del 1996), o in relazione a norme che solo ipoteticamente potrebbero trarsi dalla legge (ord. n. 115 del 1983; sent. nn. 182 del 1984; 146 del 1985; ord. n. 281 del 1988); né, infine, *f*) possono sollevarsi questioni su interpretazioni indicate solo «in via eventuale» e «per tuziorismo» che il giudice *a quo*, addirittura, mostri di non condividere (ord. n. 187 del 1983). Diverso è, invece, il caso delle *questioni subordinate*, cioè poste non in maniera alternativa tra loro bensì secondo un «collegamento di subordinazione logica» che consente «la delibazione della questione subordinata, in caso di rigetto di quella che precede» (sent. nn. 198 del 2014; 280 del 2011; 188 del 1995).

L'inammissibilità della questione s'impone – secondo la Corte costituzionale – anche se tutte le norme ipoteticamente individuate dal giudice *a quo* apparissero tali da giustificare dubbi d'incostituzionalità: qui, infatti, non è un problema di fondatezza o infondatezza delle questioni, ma di rispetto di un requisito di validità dell'iniziativa. Il giudice, insomma, deve *far propria un'interpretazione*, poiché questo è suo compito istituzionale indeclinabile e, nell'indicare questa esigenza, la Corte costituzionale non compie una prevaricazione ma, al contrario, «rende ossequio all'essenziale funzione interpretativa del giudice *a quo*, funzione che va esercitata e non demandata alla Corte costituzionale»<sup>64</sup>. Il che non vuol dire che la Corte costituzionale sarà, poi, per coerenza, vincolata alle opzioni interpretative del giudice che promuove l'incidente di costituzionalità: il problema della libertà interpretativa del giudice costituzionale è separato da quello che riguarda i compiti e i doveri del giudice *a quo*, così come sono distinte le logiche che presiedono ai due momenti dell'instaurazione del giudizio incidentale e della decisione. Non vi è alcuna contraddizione tra il pretendere, nella logica dei poteri e dei doveri dei giudici comuni, la precisazione della questione, e il consentire alla Corte, la cui pronuncia assume una valenza che supera le esigenze particolari del processo *a quo*, di svincolarsi, ove occorra, dall'interpretazione del giudice e di decidere la questione assumendone una diversa.

<sup>64</sup> L. Elia, *La giustizia costituzionale nel 1982*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1983, p. 689. Di diverso avviso F. Modugno, *La Corte costituzionale perde un'occasione (anzi ne perde due)*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1982, pp. 1718 ss.; Id., *Ancora sulla mancata determinazione del «thema decidendum» e sull'«eccesso di potere legislativo»*, *ibidem*, p. 2072, nonché Id., *La Corte costituzionale oggi*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, cit., vol. I, p. 559.

*L'indicazione del «verso» della richiesta.* Ciò che invece non sembra doversi pretendere dal giudice *a quo* (ma che la Corte talora pretende), è che la questione prospetti altresì la soluzione del problema di costituzionalità<sup>65</sup>, posto che (come si vedrà *infra*, pp. 221 ss.) le possibilità non si esauriscono nella dicotomia incostituzionalità o non-incostituzionalità. Anche se la Corte parla normalmente di *petitum*, come oggetto del giudizio, non dovrebbe richiedersi che la questione contenga una vera e propria *domanda* circa il provvedimento che le si chiede. Sono tuttavia numerose, particolarmente laddove si ragioni in termini di razionalità, ragionevolezza, bilanciamenti, le decisioni con le quali la Corte dichiara l'inammissibilità della questione per non avere indicato il «verso» della soluzione al problema di costituzionalità: come si legge in numerose decisioni, la mancata indicazione, da parte del giudice rimettente, della direzione e dei contenuti dell'intervento correttivo auspicato, tra i molteplici astrattamente ipotizzabili, «si risolve nell'indeterminatezza e ambiguità del *petitum*, le quali comportano l'inammissibilità della questione» (ord. nn. 256 e 244 del 2017; 69 del 2015; sent. nn. 220 del 2014; 220 del 2012; 186 e 117 del 2011; ord. nn. 335, 260 e 21 del 2011). Questo orientamento della Corte trascura il dato che la questione d'incostituzionalità consiste nella prospettazione del dubbio ed è della Corte il compito di trovare il modo per risolvere tale dubbio, con gli strumenti decisori di cui può far uso. La regola dovrebbe essere questa: al giudice *a quo*, la prospettazione argomentata del dubbio; alla Corte costituzionale, la decisione di come risolverlo.

Solo nelle questioni di uguaglianza, la distinzione non si vede: l'indicazione del *tertium comparationis* rende i due momenti indistinguibili. Il *tertium* è infatti un elemento essenziale della configurazione della questione (del suo «profilo», in collegamento con l'art. 3 della Costituzione), ma la sua indicazione coincide allo stesso tempo con l'ipotizzata soluzione del caso: l'estensione della disciplina contenuta nel *tertium* alla fattispecie prevista, per così dire, nel *primum* (vol. I, pp. 166 ss.). Quando s'invoca il principio di eguaglianza, insomma, la distinzione tra dubbio d'incostituzionalità e modo di superarlo si fa evanescente, comprendendosi perciò come, in questi casi, la determinazione della questione sia più complessa e le ipotesi di inammissibilità più frequenti.

*L'illegittimità consequenziale.* S'è detto all'inizio del paragrafo che l'oggetto del giudizio costituzionale, il *thema decidendum*, è delimitato dalla prospettazione della questione nell'ordinanza di rimessione (nel giudizio principale, nel ricorso). Alla stregua di ciò si commisura il principio di «corrispondenza tra chiesto e pronunciato» che vale, come in generale nell'esercizio della giurisdizione, anche in quella costituzionale. L'art. 27 della legge n. 87 del 1953 aggiunge, tuttavia, che la Corte «dichiara altresì quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata». È il caso dell'illegit-

<sup>65</sup> F. Modugno e P. Carnevale, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligatoria» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta di addizione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1990, pp. 519 ss.

timità costituzionale consequenziale<sup>66</sup>, nel quale è consentito eccezionalmente di superare, in una prospettiva generale, i limiti della questione come prospettata dal giudice *a quo* sotto il vincolo limitativo della rilevanza.

È difficile precisare i caratteri della consequenzialità. Conformemente all'interpretazione stretta della formula testuale della legge, si potrebbe pensare che la Corte possa estendere la dichiarazione d'incostituzionalità a quelle norme che divengono illegittime *a causa* della decisione d'incostituzionalità relativa ad altre norme<sup>67</sup>. Ma sarebbe riduttivo limitare il significato dell'art. 27 citato a questo solo caso, certamente marginale. La Corte in effetti usa del potere anzidetto, interpretandolo in modo piuttosto libero, ricorrendo alla dichiarazione d'illegittimità consequenziale in presenza di sistemi normativi, attaccati dal giudice *a quo* solo parzialmente (in conseguenza del nesso di rilevanza imposto alla sua iniziativa): sistemi che, tolta una parte, crollano nell'insieme. Quest'incostituzionalità deriva o dalla circostanza che, eliminato un elemento normativo, il sistema restante sarebbe destinato a ricomporsi (o per via dell'analogia o dell'influenza di principi più generali, o perché esistono disposizioni ripetute aventi identico contenuto, sent. nn. 286 del 2016; 202 del 1987; 181 e n. 338 del 2011) in modo nuovamente incostituzionale (frustrando così gli intenti della pronuncia della Corte); ovvero, dall'eventualità che, eliminata una parte della disciplina, la parte restante resterebbe priva di autonomo significato, quando si abbia a che fare con *disposizioni inseparabili*<sup>68</sup>; ovvero, ancora, quando si tratti di disposizioni che siano univocamente collegate (sent. n. 126 del 1985) o strettamente collegate (sent. n. 214 del 1987) a quelle annullate in quanto strumentali rispetto a quella oggetto della questione (sent. n. 69 del 2010). Ricorre ancora a tale strumento per dichiarare l'illegittimità costituzionale di disposizioni che, pur successive a quella oggetto della questione, ripresentino i medesimi vizi di quella precedente, sulla base della considerazione che l'apprezzamento della Corte, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87, «non presuppone la rilevanza delle questioni delle norme ai fini della decisione propria del processo principale, ma cade invece sul rapporto con cui esse si concatenano nell'ordinamento, con riguardo agli effetti prodotti dalle sentenze dichiarative d'illegittimità costituzionale» (sent. n. 214 del 2010).

*Dubbi sull'estensione di dichiarazioni di illegittimità costituzionale «derivata».* La dichiarazione d'incostituzionalità consequenziale serve, come è evidente, a dare pienezza di significato alla pronuncia della Corte rispetto al suo oggetto, *nell'ambito della medesima questione intesa nella sostanza, come medesimo problema di costituzionalità* (superando così una concezione dei confini della questione determinata in termini legislativi puramente esteriori – articoli, commi, espressioni linguisti-

<sup>66</sup> E. Rossi e R. Tarchi, *La dichiarazione di illegittimità consequenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Foro italiano», I, 1987, pp. 344 ss.; R. Chiappa, *A proposito di illegittimità consequenziale e potere d'ufficio della Corte*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2009, pp. 1494 ss.

<sup>67</sup> A. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 69 ss.

<sup>68</sup> Ma non semplicemente inapplicabili a seguito della dichiarazione di incostituzionalità di altra norma: in tema, A. Cerri, *Inapplicabilità e invalidità consequenziale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1967, pp. 216 ss.

che). La Corte, tuttavia, talora va al di là (sent. nn. 251 del 2017; 442 del 2008; 273 e 333 del 2009) quando esamina d'ufficio e annulla altre norme la cui incostituzionalità deriva dall'applicazione della medesima *ratio decidendi*. In questo modo, la prima decisione-base assume il valore di pregiudizio su altre potenziali questioni diverse che, autonomamente (ossia, a prescindere dalla prima pronuncia di accoglimento), potrebbero essere prospettate a partire da altri giudizi *a quibus*, svolgentisi tra altri soggetti.

La prassi di estendere i dispositivi di incostituzionalità in via consequenziale o derivata a norme per le quali sarebbe invocabile il medesimo motivo d'incostituzionalità appare tuttavia incompatibile con la natura necessariamente concreta del giudizio incidentale, visto nel suo momento instaurativo. Tale natura concreta è collegata all'esigenza che il senso della questione e l'apprezzamento dei profili d'incostituzionalità siano illuminati dal nesso applicativo della legge, nesso che si traduce nella rilevanza della questione. L'uso eccessivamente largo della dichiarazione d'incostituzionalità consequenziale farebbe altresì venir meno la possibilità di difesa presso la Corte delle posizioni soggettive concrete che si discutessero in altri procedimenti giudiziari, privandole della possibilità di essere rappresentate nel giudizio costituzionale.

## 9. Le strettoie derivanti dall'incidentalità della questione costituzionale

Il controllo di costituzionalità delle leggi – quale che ne sia il sistema d'instaurazione e l'interesse che lo muove: per le parti del giudizio, la difesa dei diritti; per il giudice, la non soggezione alla legge incostituzionale – mira in ogni caso ad assicurare il primato della Costituzione sulla legge, cioè a proteggere il principio di rigidità costituzionale. La realizzazione di tale intento implica che tutte le leggi possano essere chiamate in applicazione da un giudice in un giudizio, onde sia possibile rivolgersi alla Corte costituzionale a partire da lì. In tal modo, tutte le leggi potrebbero, riscontrandosi le condizioni prescritte, essere sottoposte al controllo della Corte costituzionale. Non è, invece, sempre così o non sempre è così in tempi utili. Ci sono leggi che difficilmente si prestano all'applicazione in giudizio. Per questo si parla di «zone franche» e di «zone d'ombra» nella garanzia giurisdizionale della costituzionalità delle leggi<sup>69</sup>.

Questa difficoltà è una conseguenza della scelta operata, a favore della «incidentalità», dalla legge cost. n. 1 del 1948, e dalla natura concreta del giudizio così instaurato. Al fine di superare tale limitazione, ed evitare così l'esistenza di settori

<sup>69</sup> M. Cappelletti, A. Sandulli, G. Branca, V. Crisafulli, G. Maranini e F.P. Bonifacio, in Aa.Vv., *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, Vallecchi, 1966, pp. 11-90, A. Pizzorusso, «Zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale italiana, in Antonio D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 1021 ss.; R. Balduzzi e P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007.

normativi immuni dal controllo di costituzionalità, nel passato si è prospettata una soluzione consistente nell'interpretazione del «giudizio in corso» in senso ampio, come indicazione puramente spaziale e temporale, avente il significato non di subordinare la proposizione della questione a un'esigenza processuale, ma semplicemente di individuare la sede nella quale un soggetto particolarmente qualificato – il giudice – possa svolgere quella valutazione preliminare sulla non pretestuosità dell'iniziativa che si esprime nella delibazione del secondo carattere della questione, la «non manifesta infondatezza»<sup>70</sup>. Sposare quest'interpretazione avrebbe implicato l'incostituzionalità dell'art. 23 della legge n. 87, in quanto avrebbe modificato, in senso limitativo, il meccanismo previsto nella legge costituzionale, attribuendo al legame col processo *a quo* un ben più pregnante e stretto significato. Quest'impostazione non è stata accolta dalla Corte, la quale ha ribadito la corrispondenza tra la norma della legge costituzionale e quella della legge ordinaria. Tuttavia, quell'ipotesi interpretativa, che ricostruiva il giudizio in via incidentale come «occasione» di ripristino della costituzionalità violata, sembra riemergere tra le righe della più recente giurisprudenza: non percorrendo la via dell'illegittimità costituzionale del citato art. 23, ma, attraverso una riformulazione della stessa nozione di rilevanza e il progressivo allentamento delle sue maglie, nonché attraverso decisioni d'incostituzionalità che, prive di effetti retroattivi (*infra*, pp. 182 ss.), finiscono per configurare la questione come denuncia di incostituzionalità ininfluyente sul processo *a quo*.

*Le norme penali favorevoli.* Un esempio di «zona franca» è stato per lungo tempo quello delle norme penali di favore, cioè di quelle norme che prevedono fattispecie di reato, pene, scriminanti, condizioni speciali di punibilità o perseguibilità, cause di estinzione di reati e pene, circostanze attenuanti ecc., eliminate le quali altre norme – sfavorevoli – si espanderebbero al loro posto, estendendo retroattivamente, con riguardo al processo *a quo*, le fattispecie penali, aggravando le pene o estendendo l'area della punibilità e della perseguibilità<sup>71</sup>: effetto vietato dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione nella parte in cui fa divieto di leggi penali retroattive. Si è già detto (*supra*, p. 116) in che modo, a partire dalla sentenza n. 148 del 1983 (ma anche sent. nn. 79 del 2009 e 324 del 2008), sia stato superato l'ostacolo che, alla sottoposizione a giudizio costituzionale di questa categoria di norme, derivava dalla cosiddetta «irrilevanza necessaria» delle questioni relative. Anche dopo la sentenza n. 148 del 1983, tuttavia, alle leggi penali si applica, per così dire, un trattamento costituzionale differenziato rispetto alle altre leggi. Tale trattamento deriva non da una ragione processual-costituzionale («di irrilevanza, nel senso che l'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio *a quo*, alla luce del principio di irretroattività

<sup>70</sup> G. Zagrebelsky, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1969, pp. 1001 ss., e Pizzetti e Zagrebelsky, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza», cit., pp. 122 ss.

<sup>71</sup> A. Bonomi, *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione ingiustificata» da parte della giurisprudenza costituzionale?*, in Balduzzi e Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., pp. 143 ss.; G. Marinucci, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2006, pp. 4160 ss.



delle norme penali sfavorevoli»), ma da una ragione sostanziale: il carattere speciale della riserva di legge che lo stesso art. 25 della Costituzione citato stabilisce, insieme al divieto di retroattività. «Rimettendo al legislatore [...] rappresentativo dell'intera collettività nazionale la riserva sulla scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, [il principio di riserva di legge] impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti; sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità» (sent. nn. 394 del 2006, ma anche 46 del 2014; 230 del 2012).

Diverso è, però, il caso in cui dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale derivino effetti in *malam partem*. A tal proposito, già si è detto che, ai fini dell'ammissibilità delle questioni incidentali non rileva il «senso» di tali effetti per le parti in causa (sent. n. 294 del 2011): la valutazione «del modo in cui il sistema normativo reagisce a una sentenza costituzionale di accoglimento» non è, infatti, compito di questa Corte, bensì del «giudice del processo principale, unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità» (sent. nn. 5 del 2014 e del 2010). Caso ancora diverso è quello delle leggi penali «di privilegio» o «di favore» (da non confondere con quelle semplicemente «più favorevoli»): con queste espressioni si intendono le norme penali speciali, dettate con riguardo a determinati soggetti o ipotesi, che prevedono trattamenti penali più favorevoli di quelli che risulterebbero dall'applicazione delle norme comuni. Fermo il principio che la creazione di figure di reato spetta esclusivamente al legislatore, le ipotesi anzidette stanno fuori di questa riserva. Infatti, il legislatore, in questi casi, ha già dettato le norme di diritto comune. Se esistesse un generale divieto, per la Corte, d'intervenire in questi casi di macroscopica violazione del principio di uguaglianza tramite leggi *ad personam*, si determinerebbero inammissibili «zone franche», «sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole», stabilendo, per esempio, un diritto penale benevolo per gli amici e malevolo per i nemici (così, sent. n. 394 del 2006).

*Leggi temporanee.* Accanto al caso di «scopertura» della garanzia costituzionale al quale la Corte ha posto rimedio nel modo or ora detto, ve ne sono altri in cui il controllo, pur se astrattamente ipotizzabile, è tuttavia difficile o tardivo. Si può pensare, in primo luogo, alle leggi temporanee. Poiché il meccanismo incidentale è non solo *a posteriori* ma anche, per così dire, «a scoppio ritardato», può accadere che, per i tempi tecnici, tali leggi possano essere effettivamente sottoposte al controllo di costituzio-

nalità solo a cose fatte, quando il loro risultato incostituzionale è già stato irrimediabilmente raggiunto e non è quindi più possibile ripristinare una situazione giuridica conforme alla Costituzione. E il legislatore, facendo seguire a leggi temporanee altre leggi temporanee, di fatto finirebbe per sottrarsi al controllo di costituzionalità, a meno d'immaginare il trasferimento della questione da una norma all'altra, secondo ciò che era previsto per il decreto-legge non convertito in legge, prima che fosse stabilito il divieto di iterazione e reiterazione (*supra*, pp. 64 ss.).

*Leggi autoapplicative – le leggi elettorali.* Un altro caso è quello delle leggi «autoapplicative» o «leggi di azione» (da distinguere dalle «leggi di relazione», secondo una distinzione oggi desueta, ma espressiva d'una differenza effettiva<sup>72</sup>), ossia leggi che disciplinano l'organizzazione, il funzionamento, l'attività dei pubblici poteri e non incidono, se non indirettamente, sui rapporti intersoggettivi. Per il raggiungimento dei propri fini, esse prescindono dall'applicazione giudiziaria, richiedendo esclusivamente «esecuzione», non «applicazione». Esempi sono le leggi elettorali, le leggi che rinviano lo svolgimento di elezioni, le leggi che prevedono nuove strutture pubbliche, le leggi di spesa ecc. In certi casi, il rimedio può essere trovato con il riferimento, ai fini della valutazione della rilevanza, al criterio della legittimazione del giudice *a quo* «ai limitati fini» (*supra*, p. 99 ss.); in altri casi, si può ipotizzare il conflitto di attribuzioni (ove la legge interferisca incostituzionalmente nell'organizzazione o nei poteri di altro potere costituzionale). Ma in altri ancora questi strumenti, che sono comunque dei succedanei che confermano la lacuna del sistema incidentale, non sono immaginabili, o sono immaginabili solo quando i guasti incostituzionali si sono già verificati.

Per lungo tempo l'insindacabilità delle leggi elettorali ha rappresentato la più grave lacuna nel giudizio incidentale. Tale lacuna è stata ora colmata da due recenti decisioni: le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017. Nonostante le numerose critiche avanzate dalla dottrina (particolarmente, con riferimento al tema della rilevanza della questione<sup>73</sup>), esse hanno consentito il superamento di «un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato»: come si legge nella sentenza n. 1 del 2014

<sup>72</sup> E. Guicciardi, *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1974, pp. 59 ss.

<sup>73</sup> A. Anzon Demmig, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una «zona franca» del giudizio di costituzionalità)*, in «Nomos», n. 1 del 2013; P. Carnevale, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, *ivi*; E. Grosso, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di «supplenza» alla Corte costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in «Rivista AIC», 2013, n. 4, pp. 2 ss.; R. Romboli, *La costituzionalità della legge elettorale 270/2005: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in «Foro italiano», 2013, parte I, p. 1837. In senso favorevole, A. Cerrì, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugugno di Potsdam e la legge elettorale*, in «Nomos», 1, 2013; C. Padula, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in «Giurcost.org.»; F. Sorrentino, *La legge elettorale di fronte alla Corte costituzionale*, in «Confronticostituzionali.eu», 30 ottobre 2013.

(poi ripresa in quella più recente), l'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende imprescindibile affermare il sindacato della Corte – che «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sent. n. 387 del 1996) – anche sulle leggi, come quelle relative alle elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che, quindi, proprio per tale peculiare rilevanza costituzionale, non possono essere immuni da quel sindacato.

L'esenzione delle leggi elettorali dal controllo di costituzionalità<sup>74</sup> aveva trovato la sua giustificazione, fino alle anzidette pronunce, nel fatto che la «verifica dei poteri» (ossia, la verifica della sussistenza dei titoli di ammissione dei parlamentari e di eventuali cause di ineleggibilità e incompatibilità), nel nostro ordinamento è affidata esclusivamente alle Camere (art. 66 Cost.): «una tradizione che affonda le sue radici nell'esigenza, propria dei più antichi sistemi rappresentativi, di difendere l'autonomia della rappresentanza elettiva» (sent. n. 29 del 2003). Eventuali contestazioni, dunque, non vengono fatte valere dinanzi a un giudice nel corso di un giudizio, ma dinanzi a organi parlamentari interni (le «giunte per le elezioni», prima, e, poi, le Camere stesse). Ne discendeva l'incompetenza di qualunque altro organo dello Stato, della giurisdizione comune e della Corte costituzionale, incompetenza che escludeva la loro intromissione nel circuito rappresentativo. Inoltre, anche a voler riconoscere alle Giunte parlamentari il carattere giurisdizionale, sia pure «ai limitati fini», ciò avrebbe significato che i parlamentari eletti in base a leggi elettorali in ipotesi incostituzionali fossero disposti a porre «questioni-suicidio». A ciò si aggiungeva che le leggi elettorali sono leggi «costituzionalmente necessarie» (*infra*, pp. 390 ss.) e, dunque, una volta entrate in vigore, difficilmente dichiarabili incostituzionali.

Posta dinanzi alla necessità di accertare la «pienezza» delle condizioni di esercizio del diritto di voto nelle elezioni politiche, il giudice delle leggi ha ritenuto l'ammissibilità delle questioni sulle leggi elettorali sulla base di quattro argomenti: *a*) la presenza, nell'ordinanza di rimessione, di una motivazione sufficiente e non implausibile sulla sussistenza dell'interesse ad agire dei ricorrenti nel giudizio principale; *b*) il rispetto – contrariamente a quanto ritenuto da parte della dottrina – del concetto di pregiudizialità costituzionale, «poiché il giudizio spettante al giudice *a quo* e il controllo demandato a questa Corte non risulta[no] sovrapponibili, essendo possibile individuare una differenza tra oggetto del primo (l'accertamento della «pienezza» del diritto di voto) e oggetto del secondo (la legge elettorale politica, la cui conformità a Costituzione è posta dubbio)», e residuando altresì un margine di autonoma decisione in capo al giudice *a quo*, dopo l'eventuale sentenza di accoglimento; *c*) la peculiarità e il rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento: il diritto di voto svolge, infatti, «una funzione decisiva nell'ordinamento costituzionale, con riferimento

<sup>74</sup> F. Biondi, *Oggetto e parametro*, in Balduzzi e Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., pp. 90 ss.; L. Elia, voce *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 750 ss.; M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon, P. Caretti e S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 136 ss.

alle conseguenze che dal suo non corretto esercizio potrebbero derivare nella costituzione degli organi supremi ai quali è affidato uno dei poteri essenziali dello Stato, quello legislativo»; *d*) la necessità di «evitare la creazione di una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale, in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico dell'ordinamento». Tale ultima ragione ha consentito alla Corte (circoscrivendo, dunque, per quanto possibile, la portata innovativa di queste pronunce) di escludere l'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale – sempre promosse nell'ambito di giudizi introdotti da azioni di accertamento – aventi a oggetto disposizioni di legge relative al sistema di elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: ciò perché, in tali casi, non può dirsi che manchi un giudice, poiché quelle disposizioni possono pervenire al vaglio di legittimità costituzionale a partire da giudizi comuni aventi a oggetto controversie originatesi nel procedimento elettorale (sent. n. 110 del 2015). In tale procedimento, il diritto di voto può, infatti, trovare tutela non solo successivamente alle elezioni, attraverso l'impugnazione dei risultati elettorali, ma talora anche prima, nell'ambito del procedimento elettorale preparatorio (ord. n. 165 del 2016). Si tratta di argomentazioni che, secondo alcuni<sup>75</sup>, sono espressive di un inedito ragionamento, che imporrebbe di rimeditare sugli elementi essenziali del sistema italiano di giustizia costituzionale quali la rilevanza e l'incidentalità, essendosi introdotto, con un'operazione creativa, un vero e proprio sistema di accesso diretto. Ciò sembrerebbe ulteriormente confermato dalla considerazione che con la sentenza n. 35 del 2017, a differenza del precedente del 2014, la questione è stata ritenuta ammissibile ancorché la legge elettorale oggetto di giudizio non fosse ancora stata applicata, essendosi ritenuto che la lesione al diritto di voto fosse «già attuale, sebbene destinata a manifestarsi in futuro, in coincidenza con la sua sicura applicabilità».

Certamente queste decisioni hanno introdotto una novità nel giudizio incidentale e hanno sollevato diverse perplessità sulla «tenuta» dell'incidentalità come conosciuta dalla dottrina e come costruita dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Sono tuttavia perplessità che possono essere superate se si accoglie l'idea delle peculiarità delle leggi elettorali, della necessità che esse godano di uno «statuto» proprio che le differenzi dalle altre leggi ordinarie, rendendole un *unicum* anche nell'ambito delle stesse leggi costituzionalmente necessarie, in virtù delle quali le stesse regole procedurali possono subire degli adattamenti<sup>76</sup>.

*Leggi a effetti «de facto» irreversibili.* Un esempio di quelle che possono chiamarsi leggi irreversibili per ragioni di fatto è quello in cui la soluzione giudiziaria di un contenzioso costituzionale giungesse, per così dire, «fuori tempo massimo». Il caso, che rasenta la beffa al diritto e alla democrazia, è quello testimoniato dalla sentenza n. 304 del 2011, che

<sup>75</sup> Al proposito si veda il *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2014.

<sup>76</sup> G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2014, pp. 2961 ss.

si inserisce in una procedura giudiziaria a più livelli – ordinario civile, ordinario penale, amministrativo e costituzionale – riguardante la validità di elezioni regionali, in una situazione in cui l'eventuale pronuncia d'annullamento sarebbe giunta ben oltre la scadenza quinquennale del presidente e del Consiglio regionale.

Diverso caso, ancora, in altro campo ma di uguale natura, è quello delle leggi tributarie. Una volta entrate in applicazione, con gli effetti conseguenti sulle finanze dello Stato e degli enti pubblici, vi sono evidenti difficoltà, testimoniate dall'intero arco della giurisprudenza costituzionale, a pronunciarne, ove occorrerebbe, l'annullamento. Il rigetto delle questioni (cioè, in sostanza, l'impunità costituzionale di queste leggi) è assicurato (salvi i ritocchi marginali), a causa degli sconvolgimenti che deriverebbero dalla loro eliminazione.

A questi inconvenienti, certo di non piccola importanza, anche in base all'esempio di più complessi sistemi di garanzia della costituzionalità delle leggi vigenti in altri paesi, si sono proposti rimedi di vario genere, tutti comportanti revisioni della Costituzione: a seconda dei casi, la previsione dell'azione individuale o popolare diretta di fronte alla Corte costituzionale; l'istituzione di un «procuratore» d'incostituzionalità; la creazione di una giurisdizione elettorale *ad hoc*, competente sui ricorsi e sul controllo *ex officio* delle operazioni elettorali<sup>77</sup>; l'introduzione – per talune categorie di leggi a effetti *de facto* irreversibili – del controllo di costituzionalità *a priori*. Tante idee, ma assenza di soluzioni cui corrispondono situazioni d'imbarazzo per la Corte costituzionale.

## 10. L'ordinanza che solleva la questione di costituzionalità

Il giudice di fronte al quale pende la causa solleva la questione con ordinanza. Essa, oltre a precisare il *thema decidendum*, contiene le motivazioni relative alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza e, quando occorre, chiarisce le ragioni che rendono impraticabile la strada dell'interpretazione conforme della legge. Disponendo la trasmissione degli atti di causa alla Corte costituzionale, ordina la sospensione del processo (art. 23, terzo comma, della l. n. 87).

a) *La motivazione sulle condizioni di ammissibilità.* Quanto alla motivazione circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza, la giurisprudenza della Corte costituzionale è oggi più restrittiva di un tempo, quando se ne considerava sufficiente la mera affermazione («ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza, il giudice ordina ecc.»). Oggi, a pena d'innammissibilità (ma salva la riproponibilità della medesima questione, una volta sanati i vizi di motivazione della prima ordinanza), occorre motivare specificamente su entrambi i punti (sent. n. 130 del 2016). La motivazione

<sup>77</sup> Sul tema della giustizia elettorale, anche in comparazione con i sistemi di verifica dei poteri nei principali paesi europei, L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011.

deve risultare direttamente dall'ordinanza e non semplicemente dagli atti di causa, che la Corte non prende in considerazione per integrare eventuali lacune dell'ordinanza (sent. n. 237 del 2016); deve essere esplicita e non può essere data *per relationem* ad altra ordinanza emessa in altro giudizio (sent. n. 33 del 2014). Occorre, dunque, che ciascuna ordinanza sia in sé completa, dal suo contenuto dovendo risultare tutti gli elementi su cui si fonda il ragionamento del giudice che solleva la questione rispetto all'impossibilità di definire il giudizio senza la previa risoluzione della questione e rispetto all'esistenza di motivati dubbi d'incostituzionalità della legge.

Spentasi la tendenza ad aprire con larghezza le porte d'accesso al giudizio costituzionale, si è quindi consolidato un orientamento rigoroso, rivolto a imporre ai giudici che sollevano la questione un atteggiamento responsabile, a evitare che la questione sia usata con leggerezza come mezzo per sottrarsi all'obbligo di rendere giustizia in tempi ragionevoli. Si inserisce allora, nel solco di questo orientamento, la pretesa da parte della Corte costituzionale, ai fini dell'ammissibilità della questione, che il giudice *a quo* motivi, quando occorre, l'impossibilità di ricavare dalla disposizione censurata un'interpretazione conforme a Costituzione.

La *ratio* di questa rigorosa definizione dei contenuti necessari dell'ordinanza è ricavata dal regime di pubblicità della stessa. Poiché la pubblicazione sulla «Gazzetta ufficiale» obbedisce all'esigenza di pubblicità *erga omnes*, si comprende la necessità che l'ordinanza sia completa dei suoi requisiti, che non si appoggi su elementi desumibili *aliunde* e che i suoi elementi siano integralmente conoscibili da tutti coloro che ne abbiano l'interesse (sent. n. 310 del 1983). Se questa considerazione è giustificata per la motivazione circa la non manifesta infondatezza (che assume, oltre al significato di condizione dell'iniziativa particolare, anche un valore obiettivo e generale in vista del successivo modo di agire degli altri giudici – e degli altri soggetti, in genere – che si trovino a dover applicare la medesima norma di legge), non altrettanto chiara è l'esigenza della motivazione sulla rilevanza, carattere che esaurisce il suo significato nell'ambito di ciascun giudizio, esprimendo il rapporto tra l'oggetto da decidere e la norma per deciderlo, e la cui conoscibilità generale appare meno giustificabile<sup>78</sup>.

Sembra una forzatura la ricostruzione che vorrebbe estendere il significato della rilevanza, che ha un significato originariamente ristretto al rapporto giudizio *a quo*-giudizio costituzionale, in vista di una «obiettivizzazione» che fa leva sulla «esemplarità» che la motivazione di tale carattere può assumere<sup>79</sup>. Questo perché

<sup>78</sup> Al riguardo, L. Carlassare, *Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, cit., vol. I, p. 751.

<sup>79</sup> F. Cerrone, «Obiettivizzazione» della questione di costituzionalità, «rilevanza puntuale» e «rilevanza diffusa» in un recente orientamento della giurisprudenza costituzionale, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1983, pp. 2384 ss. In generale Modugno, *La Corte costituzionale oggi*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, cit., vol. I, p. 559, n. 55; Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale*, cit., pp. 521 ss.; A. Pugiotto, *La «concretezza» nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in «Jus», 1994, pp. 91 ss.; Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Aa.Vv., *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, cit., pp. 146 ss.

ne discenderebbe il paradosso per cui la rilevanza – intimamente legata all’aspetto concreto della questione – diventerebbe così, attraverso la sua descrizione e tipizzazione nella motivazione dell’ordinanza, pubblicata sulla «Gazzetta ufficiale», un dato di accentuazione del carattere astratto del processo costituzionale che trascende la «puntualità» dell’occasione che l’ha determinato. Deve inoltre precisarsi che una cosa è la rilevanza, altra la sua motivazione-esposizione. La conoscenza (o conoscibilità) generale di una vicenda individuale non cambia il carattere, appunto individuale, di essa; non la fa diventare una vicenda paradigmatica, generalizzabile. Ogni giudizio ha a che vedere con la propria vicenda processuale, legata ai singoli, diversi «casi della vita». Non che, invece, sollevandosi una questione incidentale, ricostruendosi la fattispecie concreta nell’ordinanza, questa diventa quasi la fattispecie dello stesso giudizio di costituzionalità e la ragione esplicativa del contenuto della decisione che lo conclude. Tanto meno diventa lo *specimen* al quale altri giudici, in situazioni analoghe, hanno da attenersi nella loro propria motivazione della rilevanza, una volta che decidessero, a loro volta, di prendere in considerazione l’eventualità di sollevare analoga questione di costituzionalità.

b) *La sospensione del giudizio principale*. La sospensione è il provvedimento conseguente alla rilevanza della questione. Se la definizione del processo dipende dalla previa risoluzione della questione d’incostituzionalità, evidentemente esso deve fermarsi fin tanto che la questione pregiudiziale non sia stata risolta. Non necessariamente, però, deve sospendersi *tutto il procedimento a quo*, quando la questione di costituzionalità riguardi, per così dire, subprocedimenti inseriti sul tronco di quello principale. Si pensi, per esempio, a eccezioni d’incostituzionalità che riguardino norme su provvedimenti cautelari interni allo svolgimento del processo. Inoltre, per ciò che riguarda l’assunzione delle prove, si potrebbe ammettere che il processo sia sospeso solo in relazione alla prova specifica regolata dalla norma della cui costituzionalità si dubita, ma prosegua per il resto, almeno fino a quando il risultato della prova diventi indispensabile ai fini del decidere.

c) *Notificazione, comunicazione, pubblicazione dell’ordinanza*. L’ordinanza deve essere notificata, quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattimento, alle parti in causa e al pubblico ministero, se il suo intervento in causa è obbligatorio (cioè, essenzialmente, nei giudizi penali e in quelli di volontaria giurisdizione) (art. 23, u.c., della l. n. 87 del 1953)<sup>80</sup>. Uguale obbligo di notifica vale nei confronti del presidente del Consiglio dei ministri o del presidente della Giunta regionale, a seconda che la questione riguardi leggi statali o regionali. Queste notificazioni sono finalizzate all’instaurazione del contraddittorio davanti alla Corte costituzionale, tra i soggetti abilitati a costituirsi o a intervenire; perciò, attenendo al rispetto del diritto alla difesa in giudizio, la mancanza di questi «essenziali adempimenti» è causa di inammissibilità della questione incidentale (sent. n. 377 del 1996). Più recentemente, però, la Corte costituzionale, in virtù di criteri di evidente economia processuale, ha

<sup>80</sup> M. D’Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991.

proceduto alla restituzione degli atti, affinché la cancelleria del giudice rimettente provveda a sanare il vizio (sent. n. 47 del 2012).

Un'anomalia riguarda la posizione del pubblico ministero nel processo costituzionale incidentale: è parte del processo *a quo*, è destinatario della notificazione, ma non è abilitato a costituirsi nel giudizio di fronte alla Corte. Ciò induce a ritenere che la mancata notifica al pubblico ministero non impedisca lo svolgimento del giudizio costituzionale (ord. n. 202 del 1986)<sup>81</sup>.

Semplice comunicazione deve essere data ai presidenti delle due Camere o (trattandosi di legge regionale) al presidente del Consiglio regionale interessato. L'importanza di queste comunicazioni è extraprocessuale, valendo semplicemente a consentire che tali organi legislativi siano posti ufficialmente a conoscenza della questione di costituzionalità che pende su di una loro legge. Dall'osservanza dell'obbligo di comunicazione (accertabile dal presidente della Corte in una fase preliminare al giudizio costituzionale, secondo gli artt. 1 e 2 NI) dipende non l'ammissibilità ma la regolarità dell'instaurazione del giudizio. L'inosservanza è quindi rimediabile da parte del giudice *a quo*, in un momento successivo.

*Pubblicità.* Appena pervenuta alla cancelleria della Corte, l'ordinanza viene pubblicata – su disposizione del presidente – sulla «Gazzetta ufficiale» o sul «Bollettino ufficiale» della Regione interessata. Questa forma di pubblicità, analoga a quella riservata agli atti legislativi e alle decisioni della Corte, tende ad allargare le ripercussioni dell'iniziativa nel processo costituzionale, in un arco che potenzialmente tocca tutti i soggetti dell'ordinamento. Essi devono poter conoscere le leggi la cui validità è in discussione e i motivi di ciò, per poter valutarne le possibili conseguenze, ed evitare di applicare regole di diritto che potrebbero in breve arco di tempo essere annullate (con gli effetti anche retroattivi di cui si dirà, *infra*, pp. 182 ss.). L'instaurazione di un giudizio sulla legge, dunque, è considerato un fatto di portata generale, che va al di là del processo *a quo*, a causa del suo oggetto che trascende la dimensione processuale *inter partes*: tutti devono perciò essere messi in condizione di operare di conseguenza.

*Gli altri giudici di fronte alla questione di costituzionalità.* Alla pubblicità assicurata dalla pubblicazione dell'ordinanza si connette la questione dell'atteggiamento processuale dei giudici diversi da quello che ha sollevato la questione. Nulla sembra imporre la sospensione degli altri procedimenti pendenti, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale<sup>82</sup>. Se altri giudici ritengono esistere ragioni di pregiudizialità riguardo ai procedimenti pendenti di fronte a loro, è perché ritengono, a loro volta e secondo la propria autonoma valutazione, la questione rilevante e non

<sup>81</sup> R. Romboli, *Il giudizio costituzionale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 126.

<sup>82</sup> Per questa tesi, invece, Calamandrei, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria* (1956), ora in Id., *Opere giuridiche*, cit., vol. III, p. 41.



manifestamente infondata. In tal caso, dovranno sollevare anch'essi la medesima questione di legittimità costituzionale, sospendendo conseguentemente i loro procedimenti e consentendo così alle parti di costituirsi nel giudizio costituzionale. Ma, non esiste obbligo tassativo (la questione di costituzionalità circa l'assenza di un tale obbligo generalizzato è stata respinta dalla Corte, con l'ordinanza n. 100 del 1983), la pubblicazione della precedente ordinanza valendo semmai come spunto affinché il giudice si prospetti d'ufficio la questione.

A ragionar diversamente, si giungerebbe a conclusioni inaccettabili. L'obbligo di sospensione attribuirebbe a un qualunque giudice, magari con un'iniziativa pretestuosa, di interferire in generale sull'amministrazione della giustizia nonché sull'autonoma decisione di tutti gli altri giudici; invece, la mera facoltà di sospensione (senza proposizione della questione) priverebbe le parti del giudizio comune del diritto di partecipare al giudizio costituzionale. Né, d'altra parte, la proposizione ripetuta di numerose questioni identiche potrebbe dirsi sempre inutile, contribuendo invece – quando esista un problema di determinazione della portata normativa della legge impugnata – a «fissare» la questione, e a concretizzare il «diritto vivente» (*infra*, pp. 207 ss.) al quale la Corte normalmente si attiene.

## 11. Rapporti di autonomia e dipendenza tra processo costituzionale e processo *a quo*

*Autonomia dei giudizi.* Giudizio *a quo* e giudizio costituzionale sono collocati su piani paralleli. Essi obbediscono a due logiche diverse, orientate a scopi istituzionali distinti. Il giudizio *a quo* mira a una pronuncia su situazioni soggettive concrete, avente efficacia *inter partes*; il giudizio costituzionale, invece, mira a una pronuncia sulla validità della legge, destinata a operare *erga omnes*, quando la legge sia riconosciuta incostituzionale. Soddisfacimento di pretese individuali e procedimento «di diritto soggettivo», in un caso; garanzia del valore della legalità costituzionale e procedimento «di diritto oggettivo», nell'altro. Questo spiega perché la Corte, pur vincolata dalla prospettazione della questione come indicata nell'ordinanza che fissa il *thema decidendum*, non sia invece costretta a rispondere al quesito proposto, secondo il copione individuato dal giudice *a quo*, cioè secondo ciò che (impropriamente) si denomina il suo *petitum*. La Corte, infatti, può discostarsi dalla prospettazione interpretativa propositale, traendo dalla legge impugnata una norma diversa (è il caso delle decisioni interpretative, su cui *infra*, pp. 221 ss.), così come può propendere per una soluzione della questione diversa da quella suggerita dal giudice *a quo* (posto ch'essa non si trovi nell'alternativa tra l'accoglimento e il rigetto della questione, ma disponga di varie possibilità per risolverla). Per esempio, a proposito delle questioni sull'uguaglianza – quando essa può essere ristabilita equiparando l'una situazione all'altra o viceversa, la Corte ha precisato che, nella sua autonomia, «la scelta fra l'una o l'altra soluzione non può dipendere dal modo in cui occasionalmente la que-

stione è stata prospettata nell'ordinanza di rimessione» (sent. nn. 95 del 1980 e 136 del 1982).

*Collegamento reciproco.* Il meccanismo incidentale stabilisce tuttavia un necessario punto d'incontro tra i due piani. Posta la necessaria subordinazione genetica del giudizio costituzionale alle esigenze del giudizio in cui la questione sorge, si pongono due problemi principali: *a)* se la Corte costituzionale sia abilitata a controllare l'esistenza delle condizioni di «concretezza» della questione che, sole, ne giustificano la proposizione alla stregua del vigente meccanismo incidentale, cioè se le sia consentito sovrapporre la propria valutazione della rilevanza a quella operata dal giudice *a quo* e come risulta dall'ordinanza di rimessione; *b)* se il giudizio costituzionale, una volta validamente instaurato, sia totalmente autonomo da quello *a quo*, cosicché gli effetti dell'ordinanza di rimessione si producano una volta per tutte, irrevocabilmente; oppure, se esistano vicende del giudizio comune capaci di influire su quello costituzionale, dopo la sua instaurazione. La risoluzione di questi due problemi permette di determinare se il punto d'incontro tra i due giudizi sia istantaneo oppure permanente; se la vita del giudizio costituzionale sia o non sia subordinata a quella del giudizio *a quo*.

*a) Il controllo sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione.* La difficoltà ad ammettere un potere di controllo della Corte sulla rilevanza, cioè sulla concretezza della questione, deriva dal fatto che la determinazione della norma da applicare e la sua interpretazione, al fine della decisione della causa davanti al giudice comune, appartiene all'essenza stessa della funzione di quest'ultimo. Frequente è il riconoscimento dell'autonomia del giudice *a quo*. Tuttavia, la rilevanza deve essere motivata in maniera esauriente, non essendo sufficiente la sua mera affermazione, poiché deve risultare «non implausibile» (*supra*, p. 119). La Corte si riserva un potere di controllo su questo punto, non perché le spetti sindacare le scelte del giudice *a quo*, ma perché le spetta garantire che il giudizio incidentale sia, per l'appunto, incidentale e che il potere di sollevare la questione costituzionale, da concreto, come deve essere, non si trasformi in astratto.

È evidente, dunque, che, per quanto la Corte definisca questo un controllo «esterno» e di mera plausibilità, si apre la via per una valutazione sostanziale dell'*iter* argomentativo del giudice. Ciò è chiaro quando si tratta dell'onere d'interpretazione della legge, costituzionalmente conforme. In questo caso, si dice al giudice: hai sollevato la questione in base a questa interpretazione, ritenendo la legge, così interpretata, in contrasto con la Costituzione; ma avresti anche potuto interpretarla diversamente, e allora forse il dubbio d'incostituzionalità non si sarebbe posto. In questi casi, il pericolo di sovrapposizioni è evidente. Ma, l'uso corretto dell'onere della previa interpretazione conforme comporta che la Corte si fermi sulla soglia delle interpretazioni, e si limiti semplicemente a prendere atto che altre interpretazioni sono possibili e che con tali possibilità il giudice *a quo* non si è confrontato, ponendo una questione forse superflua, che in base ad altra interpretazione avrebbe potuto non essere sollevata.

b) *Incidenza delle vicende del giudizio principale sul giudizio incidentale*. Il secondo problema è oggetto di un'importante disposizione contenuta nelle NI, nella quale è sancita la concezione, propria della Corte stessa, circa il legame tra i due giudizi. L'art. 18 stabilisce che «la sospensione, l'interruzione o l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale».

Nella versione del 1956 delle NI, l'art. 22 conteneva una norma parallela, assai mal formulata, ma più categorica, poiché stabiliva che «la sospensione, l'interruzione o l'estinzione del processo [sottinteso *a quo*] non si applicano [non hanno effetto] ai giudizi davanti alla Corte costituzionale neppure nel caso in cui, *per qualsiasi causa*, sia venuto a cessare il giudizio rimasto sospeso davanti all'autorità giurisdizionale, che ha promosso il giudizio di legittimità costituzionale». Su questa base, si sostenne la tesi della completa autonomia del giudizio davanti alla Corte, una volta instaurato. La formula attuale fa pensare all'esistenza di *qualche altra causa*, diversa da quelle dichiarate, riguardante le vicende del giudizio *a quo*, che possa influire sul giudizio costituzionale<sup>83</sup>.

L'ininfluenza delle vicende dell'un procedimento sull'altro è conseguenza della diversità di natura: «Il processo incidentale di costituzionalità non è influenzato da circostanze di fatto sopravvenute nel procedimento principale e ciò in quanto, svolgendosi esso nell'interesse generale, una volta che si sia validamente instaurato a norma dell'art. 23 della l. n. 87, acquisisce autonomia che lo pone al riparo dell'ulteriore atteggiarsi della fattispecie, financo nel caso in cui, per qualsiasi causa, il giudizio rimasto sospeso cessi» (sent. n. 52 del 1986; nello stesso senso, tra le più recenti, nn. 274 del 2011, 354 del 2010 e 224 e 227 del 2005). Non è detto, però, che la tesi della completa separazione sia una scelta interpretativa obbligata. La trascendenza dei fini del processo costituzionale non sarebbe certamente contraddetta dalla necessaria permanenza delle condizioni iniziali, o di alcune di esse, in cui si è aperto il giudizio incidentale. La questione è se tali condizioni abbiano o non abbiano carattere istantaneo – cosicché, realizzatesi una prima volta, il loro venire a mancare sia o non sia influente: influente, se si ritenga la finalità del giudizio costituzionale del tutto «trascendente»; influente, se si ritenga che la decisione costituzionale sia pur sempre destinata necessariamente a «ridiscendere» nel giudizio *a quo*.

La Corte costituzionale, fin dall'inizio della sua attività, ha tenuto un atteggiamento, per dir così, piuttosto flessibile di fronte a questa norma, considerando l'influenza più una possibilità che una necessità (per esempio, sent. nn. 88 del 1986, 82 del 1979 e 87 del 1972). Del resto, l'art. 18 non è una disposizione di legge, ma un principio enunciato dalla Corte costituzionale nell'esercizio della sua potestà regolamentare, derivante dalla concezione ch'essa stessa ha della propria funzione, entro i limiti della legge. Di conseguenza, «la sua natura non è molto diversa da quella delle *rationes decidendi* delle sentenze che la Corte adotta con riferimento a questioni concrete»<sup>84</sup>, e, come sappiamo, i precedenti sono dotati di una certa elasticità.

<sup>83</sup> Sull'art. 22 delle NI del 1956, Modugno, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, cit., pp. 261 ss.; sull'art. 18 vigente, E. Lamarque, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in «Diritto e società», 2009, pp. 130 ss.

<sup>84</sup> A. Pizzorusso, «*Stare decisis*» e Corte costituzionale, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Utet, 1971, pp. 72 ss.

Forse, una razionalizzazione di questa caotica giurisprudenza potrebbe trovare una formulazione che distingua le vicende totalmente interne al rapporto controverso, oggetto del giudizio *a quo*, dalle vicende indotte da cause esterne di portata generale: ininfluenti sul giudizio costituzionale, le prime; influenti le seconde. Mentre le prime (transazione, estinzione del giudizio per qualsiasi causa ecc.) non interessano altro che quel particolare giudizio e nulla di più, le seconde hanno un riflesso generale, come per esempio hanno i mutamenti legislativi intercorsi nel frattempo che potrebbero determinare una diversa scelta della norma da applicare nel processo *a quo*. Lo *jus superveniens* dà luogo, normalmente, alla restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché questi valuti la perduranza delle condizioni in cui la questione era stata sollevata e che potrebbero essere venute meno, per ragioni generali, riguardanti non solo quel giudizio, ma tutti i giudizi in cui trova applicazione la norma in questione.

### 11.1. Il procedimento di fronte alla Corte costituzionale

*Instaurazione.* Il giudizio di fronte alla Corte costituzionale si instaura nel momento in cui l'ordinanza di rimessione (art. 23 della l. n. 87 del 1953) perviene alla Corte costituzionale e supera il controllo preliminare di regolarità svolto dal presidente. Da questo momento prende avvio un procedimento secondo scadenze temporali determinate in parte dalla legge, in parte dal presidente e in parte dal collegio.

L'ordinanza che solleva la questione è trasmessa alla Corte costituzionale, insieme agli atti del processo e con la prova delle notificazioni e delle comunicazioni prescritte (art. 1 NI). Il presidente, prima di procedere ai successivi adempimenti, deve accertare, sulla base delle verifiche effettuate dalla cancelleria, la regolarità dell'ordinanza e delle notificazioni, nonché delle comunicazioni (art. 2 NI). Ciò significa la presenza di una fase preliminare di controllo, condizionante la stessa instaurazione del giudizio costituzionale, relativo all'esistenza dei caratteri formali estrinseci che l'ordinanza e l'iniziativa devono presentare. L'ordinanza, a questo punto, con la data delle notificazioni e della pubblicazione, viene annotata dal cancelliere nel *Registro generale*, ciò che costituisce l'ufficiale «presa in carico» della questione da parte della Corte.

Il procedimento costituzionale si svolge integralmente di fronte alla Corte, senza alcuna intromissione del giudizio *a quo*. Il rapporto processuale originario non si sposta di fronte al giudice costituzionale, trattandosi di due giudizi profondamente diversi nel loro oggetto, nel loro carattere, nei loro soggetti. Il procedimento di fronte alla Corte costituzionale è di diritto oggettivo, è dominato dal principio di officialità e prescinde dalla necessità della costituzione di un rapporto processuale tra «parti» e giudice.

*Un giudizio a «parti eventuali».* Tuttavia, aperto l'incidente d'incostituzionalità, si può realizzare un contraddittorio, con il riconoscimento di diritti processuali ai soggetti che, in varia qualità, sono ammessi a intervenire. La possibilità di intervento è peraltro essenziale caratteristica

del giudizio costituzionale, cosicché il mancato adempimento degli oneri previsti per rendere effettiva tale possibilità è causa di inammissibilità della questione: potrebbe dirsi che tali interventi sono facoltativi ma *potenzialmente necessari*.

Il giudizio è «a parti eventuali»<sup>85</sup>. Il perseguimento dell'interesse istituzionale e obiettivo alla costituzionalità delle leggi è certamente, nell'organizzazione del processo di fronte alla Corte, il fine dominante. Ma a ciò si accompagna l'essenziale possibilità di rappresentazione di interessi individuali. Si ha un giudizio di diritto oggettivo in cui può inserirsi la difesa di posizioni soggettive, con l'emersione di una delle matrici del giudizio di costituzionalità delle leggi il quale nasce non solo per un'esigenza obiettiva di coerenza del sistema normativo, ma anche per la tutela di interessi soggettivi: *iura contra leges*. C'è in ciò il nocciolo ineliminabile della duplice natura del giudizio costituzionale.

Il contraddittorio si realizza attraverso a) la costituzione delle parti; b) l'intervento del presidente del Consiglio dei ministri o della Giunta regionale; c) l'intervento di soggetti terzi rispetto al giudizio principale.

a) *La costituzione delle parti*. Si tratta delle parti del processo *a quo*. Come si è detto, al pubblico ministero non è consentita la possibilità di costituirsi nel giudizio costituzionale. L'esclusione non deriva, però, chiaramente dalla legge n. 87, ma dall'art. 3 NI, il quale, relativo alla «costituzione delle parti», non può applicarsi a un organo pubblico come il pubblico ministero.

Entro venti giorni (termine ritenuto perentorio dalla Corte: sent. n. 364 del 2010) dalla pubblicazione<sup>86</sup> dell'ordinanza sulla «Gazzetta ufficiale» (art. 3 NI), le parti possono costituirsi mediante deposito nella cancelleria della Corte della procura speciale, rilasciata a un difensore abilitato al patrocinio davanti alla Corte di cassazione (art. 20, primo comma, della l. n. 87 del 1953), con l'elezione del domicilio e delle deduzioni comprensive delle conclusioni. La costituzione in giudizio attribuisce alle parti alcuni poteri processuali, quali il deposito di memorie illustrative, fino al ventesimo giorno libero prima dell'udienza o della riunione della Corte in camera di consiglio (art. 10 NI), lo svolgimento in modo sintetico dei motivi delle loro conclusioni nell'udienza pubblica (art. 16 NI), e alcuni diritti, come quello di ricevere comunicazione di certi atti del procedimento (artt. 10, 13, secondo comma, 14, secondo comma, NI) e di rivolgere istanza di riunione di procedimenti (art. 15 NI).

Le parti che possono costituirsi sono sia quelle che hanno sollevato la questione incidentale nel processo *a quo*, sia quelle che non l'hanno

<sup>85</sup> Parla di giudizio «senza parti» Romboli, *Il giudizio costituzionale come processo senza parti*, cit.

<sup>86</sup> L'art. 25, secondo comma, della l. n. 87 del 1953 prevede invece che «entro venti giorni dall'avvenuta notificazione dell'ordinanza [...] le parti possono esaminare gli atti depositati nella cancelleria e presentare le loro deduzioni». Rileva il diretto contrasto tra questa disposizione e l'art. 3 NI (dettato per evidenti ragioni di funzionalità generale), R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011.

sollevata o vi si sono opposte: le prime per far valere l'incostituzionalità della legge, le altre, presumibilmente ma non necessariamente, per sostenere la tesi contraria. L'esistenza di un concreto interesse all'esito del giudizio di costituzionalità non condiziona l'ammissibilità della costituzione: è sufficiente la qualifica formale di parte nel processo *a quo*. Ma tale qualifica è anche necessaria, poiché nessun soggetto che non sia presente già nel giudizio principale, al momento in cui la questione è sollevata (e, quindi, al momento del deposito dell'ordinanza di rimessione), può essere ammesso a partecipare al processo costituzionale (ord. n. 366 del 2010). A questa stregua, si è negata nel giudizio incidentale (come in quello principale, che è a parti pubbliche prefissate) l'ammissibilità della costituzione di una parte intervenuta nel processo *a quo* successivamente alla sua sospensione (ord. n. 80 del 2008) o intervenuta *ad adiuvandum* successivamente alla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione (ord. n. 295 del 2008). Secondo la giurisprudenza costituzionale, sono «parti in causa», cui va notificata l'ordinanza di rimessione, «tutti i soggetti fra i quali è in corso il giudizio principale», «restando ininfluyente se la parte si sia [effettivamente] costituita» (cfr. ord. n. 377 e n. 13 del 2006; sent. n. 270 del 2010), come può avvenire, per esempio, per il controinteressato nel processo amministrativo.

*b) L'intervento del presidente del Consiglio dei ministri e del presidente della Giunta regionale.* Tale intervento è previsto dagli artt. 25, terzo comma, della legge n. 87 del 1953 e 4 NI. Il governo è rappresentato e difeso necessariamente dall'Avvocatura generale dello Stato (art. 20, terzo comma, della l. n. 87), mentre il presidente della Giunta regionale può farsi difendere, oltre che dall'Avvocatura, quando non vi sia conflitto di interessi con lo Stato (nei conflitti tra enti, c'è sempre), oppure da un avvocato libero professionista abilitato a difendere presso le giurisdizioni superiori. Nessuno speciale interesse è richiesto, ai fini dell'ammissibilità di questo intervento, quasi che si tratti di un interesse istituzionale obiettivo (sent. n. 1 del 1956). Il modo con il quale si forma, all'interno del governo, la decisione di intervenire non riveste alcun rilievo all'esterno: non c'è obbligo di delibera collegiale (sent. n. 6 del 1969) ed è facoltà, ma non obbligo, del presidente sentire il Consiglio dei ministri.

La *ratio* di questo intervento nel giudizio di costituzionalità delle leggi ha rappresentato un enigma, al quale sono state date diverse risposte. Si è sostenuto<sup>87</sup>, sulla base della concezione del processo costituzionale come giudizio di diritto obiettivo, che tale intervento sia del tutto ingiustificato poiché, in quella luce, il governo non potrebbe che rimettersi al giudizio della Corte. Più opportunamente – si ritiene – dovrebbe essere sostituito da un organo imparziale, come un pubblico ministero presso la Corte stessa. Da altri<sup>88</sup> si è cercata una spiegazione nella circostanza che il governo, in quanto principale propulsore

<sup>87</sup> Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, cit., p. 64; Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 303.

<sup>88</sup> A. Sandulli, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1959, pp. 32 ss.

dell'attività legislativa, sarebbe in realtà il soggetto che la Corte sottopone a controllo, attraverso la mediazione del sindacato sulla legge. Altri<sup>89</sup> hanno parlato di espediente tecnico-processuale rivolto semplicemente all'integrazione del contraddittorio, nella prospettiva di un procedimento dalle forme giurisdizionali. Altri, ancora<sup>90</sup>, hanno intravisto una funzione di giustizia obiettiva (come quella del pubblico ministero) quasi che il governo debba intendersi in questo caso come «parte imparziale». Altri, infine, hanno cercato di collegare l'intervento del governo a una funzione di indirizzo non puramente politico-contingente, sostenendosi che si tratti della collaborazione all'attuazione di un indirizzo politico-costituzionale<sup>91</sup>, determinato per mezzo di specifiche direttive parlamentari rivolte al governo<sup>92</sup>, oppure che si tratti dell'interesse politico-istituzionale alla conservazione delle leggi<sup>93</sup>.

Di fronte alle posizioni teoriche, sta il comportamento concreto. Se la causa della legge si considera *a priori* «persa», l'intervento viene evitato. Altrimenti, si ha di regola l'intervento a sostegno della compatibilità della legge con la Costituzione e a difesa della sfera di autonomia politica (la «discrezionalità» di cui all'art. 28 della l. n. 87 del 1953) del legislatore. L'intervento è quindi tendenzialmente a senso unico, anche se non necessariamente. In casi eccezionali, infatti, non è mancato l'intervento a sostegno dell'incostituzionalità della legge (ad esempio, sent. nn. 233 del 1996, 305 del 1995 e 63 del 1966).

Le osservazioni che precedono consentono forse una conclusione. L'intervento del governo è un altro momento di emersione della logica duplice e profonda del giudizio sulle leggi: viene anche qui in considerazione la contrapposizione tra *iura* e *lex*. La presenza del governo non è un atto solo formale, di integrazione del contraddittorio al fine della costruzione «artificiale» di forme processuali. È una presenza che sostiene un interesse reale, l'interesse alla tutela delle prerogative dello Stato come legislatore, di fronte alle pretese dei singoli che richiedono la tutela di propri *diritti*, misconosciuti dalla *legge*. C'è qui una dialettica reale, concreta, che si manifesta processualmente attraverso la possibilità di intervento di un soggetto, il governo, portatore di istanze non fittizie. Il fatto che l'intervento sia normalmente a direzione obbligata, nel senso della difesa della legge, non appare, in generale, motivo di scandalo (semmai un'obiezione giustificata si può formulare quando l'interveniente si presenti in doppia veste, come soggetto privato, parte del giudizio *a quo*, e come presidente del Consiglio, sent. nn. 262 del 2009 e 24 del 2004).

<sup>89</sup> Modugno, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, cit., p. 257.

<sup>90</sup> T. Redenti, *Il «contraddittorio» davanti alla Corte costituzionale*, in Id., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 309 ss.

<sup>91</sup> P. Barile, *Legami tra la Corte costituzionale e le funzioni esecutiva e legislativa e influenza di queste su quella*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Guido Zanobini*. III: *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 55 ss.

<sup>92</sup> S. Tosi, *Il governo davanti alla Corte nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 145 ss.

<sup>93</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2 voll., IX ed., Padova, Cedam, 1976, vol. II, p. 1383.

A partire dalla sentenza n. 210 del 1983<sup>94</sup>, la posizione del presidente del Consiglio è stata differenziata da quella delle (altre) parti in senso proprio, quelle cioè portatrici di posizioni soggettive concrete già nel giudizio *a quo*. Non di «costituzione di parte», ma di «intervento» si tratta. Così, si esprime l'art. 25, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, e gli artt. 3 e 4 delle NI trattano separatamente la posizione delle une e quella dell'altro. Si è sottolineata la ragione sistematica di questa distinzione: «costituendo il giudizio di legittimità costituzionale un *incidente* nel giudizio di merito, è a questo, necessariamente, che bisogna far capo per stabilire quali siano le parti "in causa" cioè, secondo la definizione della dottrina processualistica, quelle che propongono la domanda o in nome della quale la domanda è proposta e quelle contro le quali è diretta la domanda medesima». La distinzione ha effetti pratici, ai fini della possibilità di convocare la Corte direttamente in camera di consiglio, senza la previa udienza pubblica, «se nessuna delle parti è costituita in giudizio» (art. 9, primo comma, NI).

*c) L'intervento di soggetti terzi.* La rigorosa definizione di «parte del giudizio» non ha impedito alla Corte di ammettere l'intervento nel giudizio costituzionale di soggetti estranei al giudizio principale. Con la precisazione, però, che l'interveniente sia titolare di un «interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura» (sent. n. 67 del 2012). Sono casi eccezionali, ma può accadere che, in un giudizio, una parte rivendichi per sé un diritto che la legge impugnata attribuisce ad altri e che l'accoglimento della questione possa comportare, per questi ultimi, la perdita del diritto medesimo. Poiché non può ammettersi, nel nostro ordinamento, «che vi sia un giudizio direttamente incidente su posizioni giuridiche soggettive senza che vi sia la possibilità giuridica per i titolari delle medesime posizioni di difenderle [...] nel processo stesso» (sent. n. 314 del 1992), questi soggetti, che non avrebbero motivo d'essere parti nel giudizio *a quo*, nel quale non sono direttamente in contestazione i loro diritti, possono intervenire in quello costituzionale.

È comunque ferma l'esclusione della costituzione nel giudizio costituzionale di soggetti parti di giudizi *a quibus* ritenuti «simili» a quello da cui è nata l'ordinanza di rimessione (ord. nn. 49 del 2011, 190 del 2006) o nei quali deve essere applicata la stessa disposizione censurata (sent. nn. 85 del 2017, 76 del 2016, 210 del 2015, 32 del 2013): l'inammissibilità dell'intervento di soggetti diversi da quelli previsti per legge «non viene meno in forza della pendenza di un procedimento analogo a quello principale, quand'anche sospeso in via di fatto nell'attesa della pronuncia di questa Corte, posto che la contraria soluzione risulterebbe elusiva del carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, implicando l'accesso delle parti prima che, nell'ambito della relativa controversia, sia stata verificata la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione» (sent. n. 49 del 2011).

Costante è la giurisprudenza costituzionale che dichiara l'inammissibilità degli interventi promossi dalle diverse associazioni interessate (tra le più recenti,

<sup>94</sup> Romboli, *Il giudizio costituzionale come processo senza parti*, cit., pp. 186 ss.



sent. n. 76 del 2016, in materia di adozione internazionale di minore da parte di una coppia omosessuale, con riferimento all'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI; sent. n. 221 del 2015, in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, con riferimento all'Associazione Radicale Certi Diritti, all'Associazione ONIG – Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, dalla Fondazione Genere Identità Cultura, all'Associazione ONLUS MIT – Movimento d'Identità Transessuale, e all'Associazione di Volontariato Libellula; sent. n. 164 del 2014, in materia di procreazione medicalmente assistita, con riferimento all'Associazione Vox-Osservatorio italiano sui diritti, all'Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, all'Associazione Amica Cicogna Onlus, all'Associazione Cerco un bimbo e all'Associazione Liberi di decidere)<sup>95</sup>. Si tratta di decisioni che ripetono pedissequamente formule che, ormai, sembrano alquanto avulse dalla realtà, se solo si considera che, al di là del provvedimento con cui è dichiarata l'inammissibilità dell'intervento, le memorie depositate dalle diverse associazioni contribuiscono comunque a costituire il materiale a disposizione della Corte e può dunque essere conosciuto ai fini della decisione. Dinanzi a questioni di particolare difficoltà tecnica o scientifica la Corte, d'altra parte, potrebbe derogare alla sua stessa giurisprudenza, non tanto nell'interesse dei soggetti coinvolti, quanto nel suo stesso interesse e in quello del buon esercizio della sua funzione.

## 11.2. Lo svolgimento del giudizio e la decisione

Decorso il termine di venti giorni per la costituzione delle parti, il presidente della Corte nomina uno o più giudici per l'istruzione e per la relazione della causa (artt. 26, primo comma, della l. n. 87 del 1953 e 7 NI). Nei successivi venti giorni (termine ordinatorio), il presidente, tenuto conto dello stato delle cause pendenti, fissa con decreto il giorno dell'udienza, convocando la Corte (art. 8 NI). La convocazione avviene normalmente in udienza pubblica. Tuttavia, se nessuna parte è costituita in giudizio (il governo non è «parte», ma «interveniente»), ovvero se il presidente, sentito il giudice per l'istruzione, ritiene che la questione possa apparire manifestamente infondata, manifestamente inammissibile o debba disporsi la restituzione degli atti al giudice rimettente, la convocazione può avvenire in camera di consiglio (artt. 26, cpv., della l. n. 87 e 9 NI). Della convocazione della Corte, in udienza pubblica o in camera di consiglio, viene data comunicazione alle parti, almeno trenta giorni prima della data fissata per la riunione (art. 9 NI). Le parti possono illustrare, con memoria, le ragioni per le quali la causa debba essere discussa in udienza pubblica. Ove, in camera di consiglio, si ritenga non sussistano le condizioni della trattazione per le vie brevi, la causa può essere rinviata all'udienza pubblica. Fino a venti giorni prima dell'udienza o della camera di consiglio, le parti possono depositare memorie nella cancelleria della Corte (art. 10 NI).

La Corte dispone di poteri istruttori (art. 26 della l. n. 87 del 1953 e art. 12 NI), anche se di regola non vi fa ricorso, anche quando sarebbe

<sup>95</sup> M. D'Amico, *I soggetti del processo costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una rilettura*, in R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 223-235.

opportuno. Si ricorda, in proposito, il caso risalente nel tempo (e ormai superato) della sentenza n. 59 del 1960, che ha giustificato il monopolio statale radiotelevisivo in base alla convinzione della limitatezza delle frequenze radioelettriche disponibili, limitatezza che di per sé sembrò allora un ostacolo all'apertura alla libertà dei privati: tale convinzione nasceva da una documentazione non acquisita autonomamente dalla Corte, ma fornita dalla Rai, allora parte in causa interessata al mantenimento del monopolio. L'aumento attuale di questioni di legittimità costituzionale sollevate per violazione dell'art. 81 Cost. (così come modificato dalla l.c. n. 1 del 2012) e del c.d. principio dell'equilibrio di bilancio, potrebbe oggi sollecitare la Corte a fare ricorso ai propri poteri istruttori, soprattutto quando le controversie hanno a oggetto disposizioni legislative il cui contenuto è prevalentemente tecnico e richiederebbe conoscenze e competenze che normalmente esulano da quelle proprie di un giudice costituzionale. Tale eventuale ricorso, tuttavia, potrebbe comportare il rischio di una trasfigurazione della stessa Corte costituzionale: da giudice della legge (o dei diritti, a seconda della concezione cui si intende aderire) a giudice della contabilità pubblica. Ma, questa alterazione della natura della giustizia costituzionale è solo una conseguenza del nuovo parametro costituzionale.

La Corte può altresì disporre l'audizione di testimoni, e chiedere atti e documenti (artt. 12 e 13 NI). In generale, con ordinanza, la Corte può disporre dei mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservare per la loro assunzione (art. 12 NI). All'assunzione dei mezzi di prova provvede il giudice per l'istruzione con l'assistenza del cancelliere. Le parti sono avvertite dieci giorni prima di quello fissato per l'assunzione (art. 13 NI). Espletate le attività probatorie, i relativi atti sono depositati nella cancelleria, dandosene notizia a cura del cancelliere alle parti costituite, almeno trenta giorni prima della data fissata per la nuova udienza o riunione in camera di consiglio (art. 14 NI).

Le decisioni della Corte sono contenute in sentenze e ordinanze (art. 18 della l. n. 87 del 1953). La sentenza è la forma necessaria dei provvedimenti definitivi e, pertanto, tutte le dichiarazioni d'incostituzionalità sono contenute in questo tipo di provvedimento. In tutti gli altri casi (infondatezza o manifesta infondatezza; inammissibilità o manifesta inammissibilità) si decide con sentenza o con ordinanza, normalmente a seconda che la causa sia stata discussa in udienza pubblica o in camera di consiglio.

Si è discusso – senza che vi sia alcuna conseguenza pratica – sull'impiego delle formule (si pensi alle ipotesi in cui si dichiara la «manifesta infondatezza» e non la «inammissibilità» di questioni relative a leggi già dichiarate incostituzionali in altre precedenti occasioni; o quelle in cui si è ritenuta l'inammissibilità di questioni precedentemente respinte nel merito; o ancora all'ipotesi in cui la sopravvenuta dichiarazione d'incostituzionalità di una disposizione impugnata determina l'inammissibilità della questione oppure la restituzione degli atti al giudice rimettente). Il fatto è che, per quanto sforzi i commentatori possano fare per mettere ordine nelle formule, la confusione resta.

Il testo di tutte le sentenze (di accoglimento e rigetto) è pubblicato integralmente sulla «Gazzetta ufficiale», contestualmente al dispositivo.

Sono egualmente pubblicate le ordinanze di manifesta infondatezza e le altre ordinanze che comunque definiscono il giudizio (artt. 21 d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092 e 12 d.P.R. 14 marzo 1986, n. 217).

Le decisioni di accoglimento e di rigetto, unitamente agli atti processuali, vengono trasmessi, entro due giorni dal loro deposito in cancelleria, all'autorità giurisdizionale che ha promosso la questione, affinché il processo *a quo*, nel frattempo sospeso, riprenda il suo corso (art. 29 della l. n. 87 del 1953). Nello stesso termine si comunicano alle camere del Parlamento e al Consiglio regionale interessato le sentenze che dichiarano l'incostituzionalità della legge affinché, qualora lo ritengano opportuno, adottino i provvedimenti legislativi del caso (art. 30, cpv., della l. n. 87 del 1953).

### PARTE III. IL GIUDIZIO DIRETTO

#### 12. Il giudizio in via principale (o di azione): caratteri generali

Il giudizio di legittimità costituzionale «in via di azione», o «in via principale» o «in via diretta», nasce dal ricorso proposto dallo Stato contro leggi regionali ovvero dalle Regioni contro leggi dello Stato o di altre Regioni. Secondo l'art. 127 della Costituzione (così come modificato dall'art. 8 della l. cost. n. 3 del 2001), il governo, quando ritenga che una legge regionale *ecceda la competenza* della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale (primo comma); può altresì promuovere una questione di legittimità costituzionale la Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione *leda la sua sfera di competenza* (secondo comma). A differenza del giudizio instaurato in via incidentale, la cui disciplina è rinviata a una legge costituzionale successiva (la l. cost. n. 1 del 1948), il giudizio in via principale è previsto direttamente dalla Costituzione.

A ciò deve aggiungersi che lo Statuto della Regione Trentino-Alto Adige, conformemente al suo particolare «impianto dualista» basato sulle comunità di lingua italiana e tedesca, prevede il ricorso delle Province di Trento e Bolzano contro leggi statali, regionali e dell'altra Provincia, nonché il ricorso della Regione e dello Stato contro le leggi provinciali. Il ricorso provinciale, inoltre, oltre che sui motivi ordinari, può basarsi sull'asserita violazione del principio di parità dei diritti fra i cittadini dei diversi gruppi linguistici o delle caratteristiche etniche e culturali dei gruppi stessi (art. 56). Sulle leggi regionali aventi tali contenuti può essere chiesto che si voti «per gruppi linguistici», ciò che comporta che l'approvazione della legge richiede la maggioranza di entrambi. Quando tali leggi siano approvate col voto contrario dei due terzi dei componenti del gruppo richiedente il voto separato, ovvero non sia stata accolta la proposta di voto separato, la maggioranza del gruppo stesso può impugnare la legge dinanzi alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla sua pubblicazione.

Il giudizio di legittimità costituzionale sollevato in via principale mostra sin da subito una connotazione ambigua. Ciò perché, a seconda del carattere che si prenda in considerazione, può essere configurato come

giudizio sulla legittimità delle leggi, destinato alla garanzia della conformità alla Costituzione delle fonti a essa subordinate, o come giudizio su conflitto di attribuzioni legislative, destinato alla tutela degli ambiti di competenza soggettiva configurati dalla Costituzione. La diversa configurazione non è irrilevante. Nel primo caso, si dovrebbe ritenere che il giudizio della Corte costituzionale sia orientato primariamente e direttamente all'interesse oggettivo dell'ordinamento all'eliminazione delle leggi incostituzionali e solo secondariamente e conseguentemente in vista dell'interesse soggettivo dell'ente ricorrente all'integrità delle proprie attribuzioni legislative. Nel secondo caso, all'inverso, il giudizio costituzionale sarebbe un giudizio «di parti», rivolto invece primariamente e direttamente alla garanzia di posizioni soggettive dell'ente ricorrente (e, per converso, del resistente) e solo secondariamente e indirettamente alla difesa della Costituzione contro le leggi incostituzionali. Nel vigente ordinamento il giudizio in questione è qualificato come giudizio sulle leggi e non come conflitto di attribuzioni legislative. Questa opzione implica conseguenze circa il dominante carattere «obiettivo» del giudizio (per quanto mosso da un'iniziativa particolare interessata). Importante è notare che, in ogni caso, la pronuncia della Corte è sulla legittimità costituzionale della legge, non sulla spettanza dell'attribuzione legislativa: è questo il carattere che consente la trattazione dei giudizi principali insieme a quelli incidentali, nella categoria dei giudizi di legittimità sulle leggi.

Un esempio della vocazione oggettiva del giudizio principale può essere la sentenza n. 262 del 2016, in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario. Chiamata a verificare la legittimità costituzionale di una legge regionale introduttiva della disciplina di tali dichiarazioni, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intera legge, in virtù del fatto che, incidendo su aspetti essenziali dell'identità e dell'integrità della persona, una siffatta normativa necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza, e il fatto che i dibattiti parlamentari in corso non abbiano ancora sortito esiti condivisi e non si siano tradotti in una specifica legislazione nazionale, non vale a giustificare in alcun modo l'interferenza della legislazione regionale in una materia, quale quella dell'ordinamento civile, affidata in via esclusiva alla competenza dello Stato. Illegittimità della legge regionale e non-spettanza delle competenze (legislative) regionali tendono a coincidere.

Tuttavia, questa prospettiva generale non è sempre chiaramente seguita: vi sono infatti questioni la cui risoluzione è decisamente influenzata dall'altra concezione del giudizio principale, come conflitto legislativo (interesse a ricorrere, carattere facoltativo del ricorso, potere di rinuncia). Se si guarda alla giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma costituzionale del 2001, si nota che anch'essa è in prevalenza caratterizzata dalla concezione del giudizio come determinazione della spettanza delle competenze legislative, statale o regionale, secondo i nuovi assetti posti dalla riforma<sup>96</sup>. Ciò avviene particolarmente per quel che attiene

<sup>96</sup> V. Onida, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra i legislatori locali e centrali*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XXI

alla posizione delle Regioni, rigorosamente confinate nella più ristretta configurazione soggettiva del giudizio, a partire da quella dell'atto introduttivo del ricorso.

L'ambiguità segnalata è comunque implicita nella materia: esiste una situazione conflittuale soggettiva di base che assume un rilievo processuale indubbio. Si ha qui l'inevitabile riconoscimento che questo tipo di giudizio attiene contemporaneamente – per usare immagini di Rudolf Smend<sup>97</sup> – sia alla «vita del diritto» (*Rechtsleben*), con ciò che di oggettivo ne deriva, sia alla «vita dello Stato» (*Staatsleben*), con ciò che di soggettivo ne deriva nei rapporti tra le sue articolazioni organizzative<sup>98</sup>.

### 12.1. Il ricorso dello Stato contro le leggi regionali e delle Regioni contro leggi statali o regionali

Il giudizio che si instaura col ricorso è un controllo successivo, cioè su leggi, statali o regionali, dopo ch'esse siano entrate in vigore. Ciò vale sia nel caso in cui ricorrente sia lo Stato nei confronti di una legge regionale, sia nel caso inverso in cui a ricorrere sia la Regione nei confronti di una legge statale o di una legge di altra Regione.

*Il ricorso statale prima della riforma costituzionale del 2001: il carattere preventivo.* L'ultima precisazione non è inutile, se si considera che la parificazione delle posizioni dei soggetti ricorrenti rispetto alla legge in vigore si è avuta con la legge cost. n. 3 del 2001, che ha riscritto l'art. 127 della Costituzione. La versione precedente della disposizione costituzionale, oltre a disciplinare il solo procedimento instaurato su ricorso statale, prevedeva che questo si inserisse come fase eventuale del complesso processo di formazione della legge regionale. Il ricorso dello Stato doveva essere preceduto dal rinvio, da parte del Commissario di governo, della legge deliberata dal Consiglio regionale ma non ancora promulgata e pubblicata – e quindi non ancora «legge» in senso pieno. Il rinvio era effettuato al Consiglio, affinché questo si esprimesse attraverso una nuova deliberazione. Ciò voleva dire che, benché si parlasse normalmente di controllo delle *leggi regionali*, non di leggi

Convegno annuale, Roma, 27-28 ottobre 2006, Napoli, Esi, 2010, pp. 109 ss., il quale osserva che, essendo mancata l'approvazione di pur necessarie discipline legislative, attuative della riforma del 2001, la Corte si è trovata a operare, in prima linea, per la «concretizzazione del riparto», nell'ambito dei giudizi in via principale.

<sup>97</sup> R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928); trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 98.

<sup>98</sup> Su questi problemi, ampiamente, Volpe, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., pp. 312 ss., ove si sottolinea il carattere «perplesso» della disciplina dei giudizi principali; G. Berti, *Struttura del processo costituzionale e regime dei termini*, in «Le regioni», 1981, pp. 1051 ss., ove si propende per una ricostruzione del giudizio principale come giudizio di parti che si instaura attraverso una *vocatio in ius*, piuttosto che un giudizio da ricorso che investe il giudice dell'esame di una domanda astratta. La Corte sarebbe così chiamata a pronunciarsi non tanto sulla validità di un atto, quanto su un rapporto controverso, poiché «i giudizi principali sarebbero stati costruiti in modo da esaltare il processo come riflesso di un rapporto sostanziale basato sulla soggettivizzazione delle competenze costituzionali, e pertanto su diritti costituzionali alla competenza» (*ibidem*, p. 1056). Ma la radicalità di queste conclusioni sembra doversi valutare alla stregua di meno univoche impostazioni accolte dal legislatore.

in senso proprio si trattava, ma di mere «delibere legislative» che il governo poteva rinviare, per un riesame del Consiglio regionale sulla base dei rilievi governativi. Qualora il Consiglio, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, avesse riapprovato la legge rinviata, questa, nei quindici giorni successivi alla comunicazione della nuova deliberazione, poteva essere impugnata di fronte alla Corte costituzionale, per vizio di legittimità costituzionale (ovvero di fronte alle Camere, per vizio di merito, *ex artt.* 127 Cost. e 31 della l. n. 87 del 1953). Soltanto quando i termini suddetti fossero decorsi inutilmente, oppure quando il controllo del governo avesse dato esito positivo (e, quindi, fosse stato apposto il «visto» governativo), oppure quando la Corte costituzionale avesse rigettato il ricorso, la legge regionale poteva essere promulgata e pubblicata, entrando così in vigore.

Si trattava dunque di un controllo preventivo, con una procedura che consentiva al governo di interferire nella funzione legislativa regionale, contrattandone i contenuti e introducendo in essa un punto di vista esterno, rispetto al quale l'intervento della Corte poteva assumere quasi il significato di una verifica *a posteriori*, o di un avallo dell'attendibilità costituzionale dell'interferenza. Ciò rendeva la procedura di controllo particolarmente efficace, precludendo la possibilità che la legge regionale esplicasse un qualsiasi effetto, anche solo precario, prima che il giudizio costituzionale si fosse esaurito con esito favorevole alla Regione. Ma altrettanto evidente era la disparità rispetto al caso inverso del giudizio promosso dal ricorso regionale. Questo, infatti, poteva essere presentato alla Corte entro un termine perentorio (trenta giorni, in caso di atto statale; sessanta giorni in caso di atto di altra Regione) dalla pubblicazione della legge che si intendeva impugnare: un controllo, quindi, successivo. La disparità non consisteva dunque solo nel carattere preventivo o successivo dei due tipi di ricorso (e di giudizio delle Corti), ma anche nell'intromissione nel procedimento legislativo altrui, possibile per lo Stato (attraverso una sorta di «contrattualizzazione» dei contenuti) in quello regionale, e impossibile per la Regione in quello statale.

*La gestione della transizione.* La modifica del sistema di impugnazione in via diretta, unitamente alla riforma più generale concernente i rapporti tra Stato e Regioni, ha posto alcuni problemi di transizione da un modello a un altro, nulla a proposito dettando la nuova disposizione costituzionale.

Per quanto riguarda i procedimenti instaurati dallo Stato nei confronti di delibere regionali (quindi, proposti prima della modifica costituzionale), la Corte ha ritenuto la loro improcedibilità, «non essendo più previsto che la Corte eserciti il sindacato di costituzionalità sulla delibera legislativa regionale prima che quest'ultima sia stata promulgata e pubblicata e, quindi, sia diventata una legge in senso proprio», ferma restando la facoltà per il governo di proporre eventualmente impugnativa, nei termini e nei modi previsti dal nuovo art. 127 della Costituzione (sent. n. 17 del 2002).

Per quanto riguarda i ricorsi regionali, invece, non essendo mutata la natura successiva del controllo di costituzionalità, non si sono posti problemi relativi alla loro procedibilità, ma problemi connessi al tipo di vizio che si sarebbe potuto far valere. Ci si è domandato, in sostanza, se i ricorsi presentati anteriormente alla riforma dovessero continuare a essere decisi tenendo conto delle sole disposizioni costituzionali vigenti al momento della proposizione dei ricorsi medesimi, o se, viceversa, dovesse farsi riferimento alle disposizioni che, nella riforma del 2001, hanno ridefinito il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. La Corte costituzionale ha risolto la questione ritenendo ch'essi dovessero decidersi «esclusivamente alla stregua delle norme costituzionali del Titolo V della

Parte II della Costituzione nella formulazione originaria [...], non rilevando, in questa circostanza, il sopravvenuto mutamento di quadro costituzionale» (sent. n. 422 del 2002). Le disposizioni statali approvate in conformità al passato quadro costituzionale sarebbero rimaste in vigore fino a quando non fossero state sostituite da nuove norme dettate dall'autorità dotata di competenza secondo il nuovo sistema (sent. n. 376 del 2002). Ciò comunque non avrebbe pregiudicato l'ambito delle competenze, statale e regionali, determinate dalla nuova normativa costituzionale: sia nel caso di accoglimento della questione (e, quindi, di annullamento della legge statale), sia nel caso di rigetto (e, quindi, di permanente vigenza della norma impugnata al di là del momento di entrata in vigore della legge di riforma costituzionale), «il rinnovato assetto delle competenze legislative potrà essere fatto valere dallo Stato e dalle Regioni tramite nuovi atti di esercizio delle medesime, attraverso i quali essi possono prendere ciò che la Costituzione dà loro, senza necessità di rimuovere previamente alcun impedimento normativo» (sent. n. 422 del 2002).

*Il controllo sulle leggi regionali siciliane.* Per il controllo da parte dello Stato delle leggi regionali siciliane valgono regole particolari. Si tratta di disposizioni contenute nello Statuto speciale, riguardanti l'Alta Corte di giustizia, considerate dalla Corte costituzionale ancora operanti, ancorché vi sia stato l'assorbimento della giurisdizione dell'Alta Corte in quella della Corte costituzionale (sent. n. 38 del 1957), disposizioni le cui formulazioni ambigue o omissioni devono essere risolte «sulla base di una complessiva interpretazione dello statuto e della singolarità dell'autonomia siciliana» (sent. n. 316 del 2004).

Le leggi dell'Assemblea regionale siciliana sono inviate entro tre giorni dall'approvazione al *commissario dello Stato*; questi, entro i successivi cinque giorni, può impugnarle davanti al giudice costituzionale (art. 28 St. Sic.). La decisione da parte della Corte costituzionale sull'impugnazione deve avvenire entro trenta giorni dalla ricezione del ricorso, ma questo termine è solo ordinatorio, cosicché la Corte mantiene il potere di decidere anche dopo il suo spirare. Decorsi otto giorni senza che al presidente della Regione sia pervenuta copia dell'impugnazione, ovvero trascorsi trenta giorni dall'impugnazione senza che gli sia pervenuta la sentenza che annulla la legge, questa può essere promulgata e pubblicata (art. 29)<sup>99</sup>.

Da questo sistema risulta: *a*) che non esiste una fase preliminare di riesame della legge sulla base di un rinvio governativo; *b*) che le decisioni circa l'impugnazione della legge sono del Commissario dello Stato; *c*) che la decisione della Corte costituzionale può essere preventiva o successiva, a seconda della tempestività della decisione stessa e del momento della promulgazione (che comunque non può intervenire prima del trentesimo giorno dall'impugnazione); *d*) che, decorso tale termine, il presidente *può*, non *deve* promulgare.

La riforma costituzionale ha imposto esigenze di armonizzazione tra tale sistema e il nuovo art. 127 della Costituzione, in forza della norma transitoria (art. 10 della l. cost. n. 3 del 2001) che introduce espressamente la «clausola di maggior favore», in virtù della quale, «sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano *per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie* rispetto a quelle già attribuite».

<sup>99</sup> V. Crisafulli, *In tema di controllo preventivo sulle leggi regionali siciliane*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1957, p. 1031; Id., *Ancora in tema di controllo preventivo sulle leggi regionali siciliane*, *ibidem*, 1961, pp. 584 ss.

In un primo tempo la Corte aveva ritenuto la non comparabilità, ai fini di una compiuta garanzia dell'autonomia speciale, dei due procedimenti di controllo, evidenziandone le peculiarità, seppur auspicando che il giudizio sulle leggi siciliane si allineasse al procedimento previsto dall'art. 127 della Costituzione (sent. n. 314 del 2003)<sup>100</sup>. Con la sentenza n. 255 del 2014, la posizione della Corte ha cambiato segno. Il dilemma (maggior o minor favore) è stato sciolto con l'affermazione che il peculiare controllo di costituzionalità delle leggi previsto nello statuto siciliano, strutturalmente preventivo, «è caratterizzato da un minor grado di garanzia dell'autonomia rispetto a quello previsto dall'art. 127 Cost.». Ciò in considerazione del fatto che la soppressione del meccanismo di controllo preventivo delle leggi regionali, consentendo la promulgazione e l'entrata in vigore delle leggi regionali, «si traduce in un ampliamento delle garanzie di autonomia». Oggi, pertanto il regime dell'impugnazione in via principale delle leggi regionali siciliane si è conformato in tutto e per tutto alle regole generali valide per tutte le altre Regioni.

## 12.2. L'iniziativa

L'iniziativa nel giudizio instaurato in via diretta spetta al presidente del Consiglio dei ministri e al presidente della Giunta regionale (artt. 127 Cost., 2 l. cost. n. 1 del 1948, 31-34 della l. n. 87 del 1953, come modificati dall'art. 9 della l. n. 131 del 2003). Il ricorso deve essere promosso entro sessanta giorni dalla pubblicazione dell'atto statale o regionale. Ciò vuol dire che l'atto impugnato è già in vigore ma, dati i tempi, il ricorso stesso prescinde dalla produzione di effetti concreti e dalla realizzazione di conseguenze pratiche (sent. n. 407 del 2002). Si tratta di un ricorso «successivo», ma proposto «in astratto». La brevità e perentorietà del termine si spiegano con l'esigenza di certezza nei rapporti tra legislatore nazionale e legislatori regionali. Tuttavia, le leggi non impugnate o sulle quali vi sia stata una pronuncia della Corte nel giudizio principale, possono poi, in ogni momento, essere oggetto di questioni incidentali, per qualunque ragione costituzionale, compreso il vizio d'incompetenza.

Il fatto che l'art. 127 della Costituzione parli genericamente di governo e di Regione come soggetti ricorrenti non mette in discussione la consolidata giurisprudenza per cui presidente del Consiglio e presidente della Giunta regionale sono i soggetti legittimati a stare in giudizio dinanzi alla Corte costituzionale. Tuttavia, tale potere non può essere esercitato senza la previa delibera dell'organo cui appartengono, nella loro composizione collegiale. L'imprescindibilità dalla previa delibera per la proposizione del ricorso è espressamente prevista per l'iniziativa statale (art. 31, terzo comma, della l. n. 87 del 1953, come modificato dall'art. 9, primo comma, della l. n. 131 del 2003), così contraddicendo i precedenti che ammettevano, pur eccezionalmente, il ricorso presentato dal presidente del Consiglio in assenza di delibera collegiale (sent. n. 54 del 1990). La questione di legittimità costituzionale può essere sollecitata dall'iniziativa della Conferenza Stato-città e autonomie locali (contro leggi regionali) (art. 31, terzo comma, della l.

<sup>100</sup> E. Rossi, *Il controllo di costituzionalità della legge regionale siciliana dopo le modifiche dell'art. 127 Cost.*, in G. Verde (a cura di), *La specialità siciliana dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 61 ss.



n. 87) ovvero (contro leggi statali) del «Consiglio delle autonomie locali» (organo consultivo delle Regioni, previsto dall'art. 123, u.c., Cost.).

*Facoltatività del ricorso.* Il potere di ricorso è esercitabile facoltativamente, sulla base di valutazioni discrezionali. La facoltatività apre la strada ad aggiustamenti fra i diversi centri di potere di natura politica. Essi possono nei fatti portare al superamento delle regole costituzionali che, per questa parte, possono trasformarsi in regole cedevoli, sulla base dell'accordo tacito o esplicito fra i soggetti interessati. Naturalmente, la possibilità che la «rigidità» dello schema costituzionale venga recuperato esiste, come s'è detto, nel giudizio incidentale, quando la questione sia posta da soggetti estranei all'equilibrio e all'intesa che si sia raggiunta tra i soggetti politici statali e regionali anzidetti. Quanto appena detto mette però in luce la difficoltà di armonizzare la facoltatività e la politicità del ricorso governativo con la funzione di esso quale strumento di garanzia dell'integrità dell'ordinamento costituzionale, più e prima che della sfera di funzioni legislative proprie dello Stato: funzione che, come si dirà, deriva dall'ampio spettro di vizi d'incostituzionalità delle leggi regionali, di cui il governo è chiamato a farsi carico nell'esercizio di una funzione (il ricorso alla Corte) che, nella prospettiva obbiettiva del giudizio sulle leggi, dovrebbe essere esercitata per ragioni istituzionali, non politiche.

*Rinunzia al ricorso.* Considerazioni analoghe valgono anche per la rinunzia al ricorso, una facoltà, esercitabile con le stesse modalità della proposizione del ricorso, che porta all'estinzione del processo (art. 23 NI). La rinuncia presuppone la disponibilità dell'azione: così come a organi costituzionali qualificati è rimessa la valutazione circa l'opportunità di promuovere i giudizi di legittimità costituzionale, allo stesso modo è loro rimessa la valutazione circa l'opportunità, di fronte a situazioni o valutazioni sopravvenute, di desistere dal giudizio prima dell'emanazione della sentenza. Ciò, se si armonizza perfettamente con il principio della disponibilità del ricorso, sembra presentare maggiori difficoltà in riferimento alla natura ambigua del ricorso dello Stato (sospeso tra una costruzione che ne accentua la valenza obbiettiva di garanzia di legittimità e quella che ne accentua, al contrario, la valenza soggettiva di difesa d'interessi di parte<sup>101</sup>).

Tuttavia, non di piena disponibilità dell'azione da parte del ricorrente si tratta. Infatti, affinché si determini l'effetto estintivo, occorre che le parti costituite accettino la rinuncia (da ultimo, ord. n. 163 del 2017). Ciò significa che è riconosciuta la rilevanza di un interesse che, senza coincidere con quello generale della conformità della legge alla Costituzione, trascende quello del solo ricorrente: è l'interesse, contrapposto a quello che aveva mosso il ricorso, a ottenere una pronuncia che ne dichiari l'infondatezza, per fini di certezza della distribuzione delle competenze legislative. La mancata costituzione in giudizio del potenziale resistente

<sup>101</sup> C. Salazar, *Politicità e asimmetria nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, in *I ricorsi in via principale*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 19 novembre 2010, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 45 ss.

esclude evidentemente la possibilità di opporsi alla rinuncia del ricorrente (sent. n. 206 del 2010), e rende automatico l'effetto estintivo della rinuncia stessa (sent. n. 98 del 2012).

*Estinzione del giudizio, cessazione della materia del contendere, acquiescenza.* La Corte dichiara l'*estinzione* del giudizio, prendendo atto della rinuncia al ricorso, accettata formalmente dall'altra parte. Dichiarata, invece, la *cessazione della materia del contendere* sulla base dell'indagine ch'essa compie circa l'esistenza attuale dell'oggetto della contestazione. In questo caso, si prescinde dalla facoltà dei titolari del potere di rinuncia al ricorso; ciò che la Corte, autonomamente, valuta è il verificarsi, in pendenza del giudizio costituzionale, di circostanze idonee a incidere sull'esistenza o sull'efficacia dell'atto legislativo impugnato. Una delle cause più frequenti è il sopravvenire di interventi legislativi<sup>102</sup> che modificano, abrogano o sostituiscono quello impugnato, determinando una situazione normativa nuova e facendo conseguentemente venir meno ogni interesse alla decisione. Tuttavia, anche in questa ipotesi, la cessazione della materia del contendere non è automatica, ma subordinata al verificarsi di due condizioni (elaborate dalla stessa Corte costituzionale): 1) che la nuova normativa sia satisfattiva della pretesa avanzata con il ricorso; e 2) che la normativa previgente non abbia avuto *medio tempore* applicazione. Qualora la Corte riscontri la sussistenza di entrambe le condizioni, procede con la dichiarazione della cessazione della materia del contendere (da ultimo, sent. nn. 33 e 8 del 2017). Qualora, invece, riscontri la mancanza anche solo di uno dei due requisiti, procede alla valutazione nel merito e alla decisione della questione (da ultimo, sent. n. 139 del 2017).

Deve altresì considerarsi che l'approvazione di un nuovo testo abrogativo di quello impugnato non è di per sé idonea a determinare la cessazione della materia del contendere. L'indagine oggettiva sul sopravvenuto mutamento legislativo spetta comunque alla Corte. Si tratterà, in queste ipotesi, di valutare se la questione di legittimità debba essere *trasferita* sulla nuova disposizione (parallelamente a ciò che avviene in altre situazioni, quali referendum abrogativo e decreto-legge) o piuttosto *estesa*, includendo così nel giudizio di legittimità costituzionale sia la disposizione previgente che quella successiva.

Teoricamente, la differenza dovrebbe consistere in ciò. Il trasferimento presupporrebbe l'identità normativa, o comunque la sostanziale coincidenza normativa, al di là del dato testuale, tra la disposizione sostituita e la disposizione sostitutiva: è la sopravvivenza della norma nel suo contenuto precettivo (come si esprime la Corte, ad esempio, nella sent. n. 533 del 2002) e la permanenza della sua «carica lesiva» (sent. n. 199 del 2016) a giustificare lo «spostamento». L'estensione, invece, presupporrebbe la non completa sovrapponibilità tra i contenuti delle due disposizioni, nonché la possibilità che entrambi i contenuti abbiano (o possano avere avuto) applicazione nel diverso ambito temporale di efficacia. Entrambi gli istituti trovano fondamento nel principio di effettività della tutela costituzionale delle parti nei giudizi in via di azione, il quale non tollera che, attraverso l'uso distorto della potestà legislativa, possano essere introdotte proposizioni normative non idonee a modificare la sostanza normativa della disposizione impugnata al solo scopo di vanificare il ricorso alla Corte costituzionale (sent. n. 533 del 2002).

<sup>102</sup> Sul mutamento di natura del ricorso in via principale in conseguenza della «caoticità» della produzione legislativa nazionale, E. Rossi, *Parametro e oggetto nel giudizio in via principale: riflessi processuali della caotica produzione normativa statale e possibili rimedi*, in *I ricorsi in via principale*, cit., pp. 152 ss.

La giurisprudenza costituzionale non è, tuttavia, univoca nell'adozione dei due istituti: in alcuni casi è ricorsa al trasferimento sulla base della sostanziale identità normativa della disposizione sostitutiva rispetto al contenuto precettivo della disposizione sostituita (sent. nn. 219 e 50 del 2013, 159, 147 e 114 del 2012); in altre decisioni, pur nella non identità del contenuto precettivo, ha ritenuto di procedere al trasferimento, ravvisata la «continuità normativa» tra il disposto originario specificamente censurato e le sue successive modificazione (sent. nn. 87 del 2014, 178 del 2013, 193 e 30 del 2012); in altre ha fatto applicazione, pur nell'identità del contenuto normativo, all'estensione (sent. n. 286 del 2007); in altre ancora ha utilizzato congiuntamente le espressioni «estensione» e «trasferimento» (sent. n. 168 del 2008). Quando, poi, a seguito della modifica, la disposizione appaia dotata «di un contenuto radicalmente innovativo rispetto alla norma originaria» (sent. n. 219 del 2013), non si può ricorrere né al trasferimento né all'estensione, dovendo la nuova disciplina essere impugnata con autonomo ricorso; a ragioner diversamente, il trasferimento o l'estensione «supplirebbe[ro] impropriamente all'onere di impugnazione» (sent. nn. 141 e 40 del 2016, 17 del 2015, 138 del 2014, 300 e 32 del 2012).

L'alternativa – estinzione per volontà delle parti di non dare ulteriore corso alla trattazione del giudizio; cessazione della materia del contendere per motivi attinenti all'oggetto del giudizio – non sempre è così netta. Non infrequentemente la Corte ha dichiarato la cessazione della materia del contendere in situazioni determinatesi a causa di mancate pronunce di estinzione (per assenza di accettazione della rinuncia, per accettazione non validamente espressa ecc.), così annacquando le regole processuali. La non ritualità della rinuncia risulta così «sanata» dalla richiesta di dichiarare la cessazione della materia del contendere (sent. n. 136 del 2010 e 233 del 2009). È corretto (ord. n. 204 del 2011), data la disponibilità dell'azione nel giudizio in via principale, che l'accertamento della perdurante volontà delle parti di coltivare l'impugnazione abbia carattere logicamente preliminare rispetto alla valutazione circa l'oggettivo ricorrere delle circostanze normative o fattuali che inducono a dichiarare cessata la materia del contendere. Ma, ciò non dovrebbe consentire di piegare le regole processuali alla volontà delle parti. La cessazione della materia del contendere, che pur può essere richiesta dalle parti, deve essere dichiarata per motivi diversi da quelli che giustificano la decisione di estinzione del giudizio<sup>103</sup>.

Non trova applicazione nel processo costituzionale principale l'istituto dell'*acquiescenza* manifestata nei confronti di leggi anteriori non impuginate, rispetto alle quali quelle successive (e impuginate) assumano significato riproduttivo, confermativo, consequenziale, di proroga, di interpretazione (autentica) ecc. In primo luogo, «ogni provvedimento legislativo ha esistenza in sé e può formare oggetto di autonomo esame ai fini dell'accertamento della sua illegittimità costituzionale» (sent. n. 49 del 1963). Inoltre, la mancata impugnazione di un atto non può interpretarsi come rinuncia alla tutela delle proprie posizioni soggettive in generale o come riconoscimento della legittimità, con effetti al di là del caso singolo. Infatti, l'atteggiamento dei soggetti proponenti il giudizio principale è motivato

<sup>103</sup> M. D'Amico, *Il giudizio davanti alla Corte e gli effetti delle decisioni. Sull'uso delle regole processuali da parte della Corte costituzionale nel giudizio in via principale*, in *I ricorsi in via principale*, cit., pp. 191 ss.; E. Rossi, *Le decisioni di estinzione per rinuncia nell'ultimo decennio di giurisprudenza costituzionale, tra ragioni sostanziali e profili procedurali*, in *Aa.Vv., Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, 5 voll., Napoli, Jovene, 2009, vol. IV, pp. 1605 ss.

politicamente e, quindi, potenzialmente suscettibile di mutamento in conseguenza di circostanze diverse (per esempio, un nuovo indirizzo politico-costituzionale venutosi a manifestare), a prescindere dall'atteggiamento tenuto una volta. Inoltre, le posizioni soggettive coinvolte sono bensì politicamente gestibili caso per caso, ma mai rinunciabili una volta per tutte (tra le molte, sent. nn. 110 e 41 del 2017, 231 del 2016, 215 e 124 del 2015, 139 del 2013, 71 del 2012 e 187 del 2011).

*I contenuti della delibera collegiale.* Non solo una delibera collegiale d'impugnazione della legge vi deve essere, ma i suoi contenuti devono corrispondere al contenuto del ricorso, data la natura politica dell'atto di impugnazione. Ciò significa che non possono mancare, nella delibera collegiale, l'indicazione delle disposizioni censurate (sent. n. 205 del 2011) e di quelle che si ritengono violate (sent. n. 7 del 2011), pena l'inammissibilità della questione stessa. Assume, invece, minor rilievo la mancata indicazione dei motivi dell'impugnazione, che possono essere espressi anche in una forma sintetica e generica, e che saranno sviluppati e precisati attraverso l'opera «tecnica», rientrante nell'autonomia dell'Avvocatura (sent. nn. 102 del 2008; 81 del 2007; 20 del 2006; 533 del 2002).

### 12.3. Il ricorso che solleva la questione di legittimità costituzionale

Secondo gli artt. 31, 32 e 33 della legge n. 87 del 1953 (come modificati dall'art. 9 della l. n. 131 del 2003) e 19 NI, il ricorso deve essere notificato, nei giudizi di iniziativa statale, al presidente della Giunta regionale; nei giudizi di iniziativa regionale, al presidente del Consiglio dei ministri, e nei giudizi di iniziativa regionale contro leggi di altre Regioni a entrambi. È inammissibile il ricorso notificato all'Avvocatura dello Stato, anziché alla Presidenza del Consiglio, non applicandosi in questa sede le norme sulla rappresentanza dello Stato in giudizio (sent. n. 208 del 2010).

Dal momento della notificazione decorre il termine perentorio (dieci giorni) per il deposito del ricorso, insieme con gli atti e con i documenti, presso la cancelleria della Corte costituzionale. Vige il cosiddetto «principio della scissione», secondo il quale, per il ricorrente, il momento della notificazione (che ha effetti circa la tempestività dell'impugnazione e del deposito) coincide con la spedizione del ricorso, mentre per il destinatario (con riguardo al termine di trenta giorni previsto per la sua costituzione in giudizio dall'art. 19, terzo comma, NI) coincide con la ricezione (sent. nn. 250 del 2009; 300 del 2007; 477 del 2002).

*Il «thema decidendum».* Il ricorso deve riflettere, nel suo contenuto, quello della delibera collegiale. Deve indicare specificamente le disposizioni censurate e le disposizioni costituzionali che si reputano violate (art. 34 della l. n. 87 del 1953, che richiama l'art. 23), e deve presentare l'illustrazione delle relative censure (sent. nn. 349 e 384 del 1999; 213 del 2003; 428 del 2008).

L'indicazione deve essere precisa, e non generica o incerta. In caso contrario, si avrebbe non solo una difficoltà nella delimitazione dell'ambito oggettivo

della questione, ma anche una lesione del diritto alla difesa della parte ricorrente (sent. n. 251 del 2009)<sup>104</sup>. La giurisprudenza costituzionale è, infatti, costante nell'affermare che, «nei ricorsi in via principale, non solo deve, a pena di inammissibilità, essere individuato l'oggetto della questione proposta (con riferimento alla normativa che si censura e ai parametri che si ritengono violati), ma il ricorrente ha anche l'onere di esplicitare un'argomentazione di merito a sostegno del *vulnus* lamentato, onere che deve considerarsi addirittura più pregnante rispetto a quello sussistente nei giudizi incidentali» (*ex multis*, sent. nn. 197 e 192 del 2017; 239 e 38 del 2016). La genericità della censura è, dunque, motivo di inammissibilità. Un sintomo di genericità è l'impugnazione di un intero atto legislativo, ma limitatamente all'ipotesi in cui ciò «non consenta l'individuazione della questione oggetto dello scrutinio di costituzionalità» (sent. nn. 82 del 2015; 59 del 2006; 264 del 1996); diversamente, quando l'impugnazione, pur di un'intera legge, riguarda normative omogenee e tutte coinvolte dalle censure, la questione è ammissibile (sent. nn. 201 del 2008; 62 del 2005). Risultano ancora inammissibili i ricorsi che contengono motivazioni *per relationem*, ossia rinviano alla motivazione di altro atto introduttivo (sent. nn. 68 del 2011 e 38 del 2007).

Il ricorso, inoltre, è ritenuto ammissibile anche quando è riferito a materia normativa ricostruita in termini dubitativi o alternativi: nel giudizio in via principale può ben trattarsi di questioni sollevate sulla base di interpretazioni prospettate dal ricorrente come possibili, «soprattutto nei casi in cui sulla legge non si siano ancora formate prassi interpretative in grado di modellare o restringere il raggio delle sue astratte potenzialità applicative e le interpretazioni adottate dal ricorrente non siano implausibili e irragionevolmente scollegate dalla disposizione censurata, così da far ritenere le questioni del tutto astratte e pretestuose» (sent. nn. 189 e 3 del 2016; 245 del 2015; 269 e 207 del 2014). A differenza di quanto detto in occasione del giudizio in via incidentale, nessuna argomentazione è invece richiesta a proposito dell'interpretazione adeguatrice, non sussistendo in capo al ricorrente alcun obbligo di tal genere, tipico dell'autorità giudiziaria (sent. n. 62 del 2012).

### 13. Il vizio d'incostituzionalità della legge nei giudizi di legittimità promossi in via principale

Del vizio di incostituzionalità come vizio di incompetenza si è già detto nel primo volume di questa *Giustizia costituzionale* (pp. 159 ss.). Qui merita una considerazione autonoma la questione della natura del vizio rilevante nel giudizio sulle leggi in via principale e della sua latitudine, a seconda che soggetto ricorrente sia lo Stato o la Regione. Sebbene la riforma del 2001 abbia equiparato i due soggetti dal punto di vista dell'impugnazione (il carattere successivo del controllo), analogo risultato

<sup>104</sup> D'Amico, *Il giudizio davanti alla Corte e gli effetti delle decisioni. Sull'uso delle regole processuali da parte della Corte costituzionale nel giudizio in via principale*, in *I ricorsi in via principale*, cit., pp. 194 ss.; A. Pertici, *La Corte mantiene il rigore: questione inammissibile per erroneità delle censure e incerta individuazione dell'oggetto*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2003, p. 1621.

non è stato raggiunto dal punto di vista del tipo di vizio che può essere fatto valere. Nonostante la riforma, sotto questo profilo, l'iniziativa della Regione e quella dello Stato non sono equivalenti.

Già in passato, si riteneva che nel ricorso della Regione rilevasse la sola incompetenza legislativa dello Stato che si risolvesse in lesione della competenza regionale, conformemente alla lettera dell'art. 2 della legge cost. n. 1 del 1948, che parlava di *invasione di competenza* da parte della legge statale. Diversamente, nel caso del ricorso dello Stato contro la legge regionale rilevava la violazione di ogni tipo di norma costituzionale, in quanto «eccesso» dalla competenza assegnata alla Regione, conformemente alla formula dell'art. 127 della Costituzione (nella versione originaria). Questa conclusione era l'esito di una concezione del rapporto tra Stato e Regione non paritario, in virtù della quale solo al primo spetta una potestà ordinamentale generale, lesa da qualsiasi legge regionale incostituzionale. Tale disparità non è stata superata.

La nuova versione dell'art. 127 della Costituzione, pur mutando formulazione, mantiene una diversità di espressione, là dove prevede il ricorso statale quando una legge regionale *ecceda* la competenza della Regione, e il ricorso regionale quando una legge statale o di altra Regione *leda* la sua sfera di competenza. Ma, soprattutto, è la stessa Corte costituzionale ad aver ribadito la diversità di posizione dei due soggetti. Pur non ritenendo decisiva la lettera della disposizione costituzionale («ben potendo una norma conservare nel tempo la formulazione originaria, e tuttavia consentire una diversa interpretazione in ragione del successivo mutamento del contesto nel quale essa è inserita»), la Corte ha precisato che «nel nuovo assetto costituzionale è pur sempre riservata allo Stato una posizione peculiare ricavabile in particolare dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria», la quale richiede necessariamente che «esista un soggetto – ossia lo Stato – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento» (sent. nn. 219 del 2013; 225 del 2010 e 274 del 2003).

Sulla base di tali affermazioni la Corte costituzionale ha accentuato, particolarmente nella più recente giurisprudenza, la natura «accentratrice» delle c.d. materie trasversali (anche chiamate «materie non materie»), ossia di quegli ambiti che non ineriscono alla sola competenza legislativa esclusiva dello Stato, ma attraversano, per l'appunto «trasversalmente», anche le competenze legislative regionali. Si tratta, per esempio, delle materie della tutela della concorrenza, della tutela della salute e dell'ambiente, dei livelli essenziali delle prestazioni, del coordinamento della finanza pubblica. Proprio la loro trasversalità impone l'esigenza di una disciplina unitaria improntata all'uniformità sul territorio nazionale (e, dunque, di livello nazionale), con la conseguenza però di ridurre fortemente gli ambiti rimessi all'intervento legislativo regionale.

Non si può nascondere che questa concezione del ricorso dello Stato, che ne fa un mezzo generale di «polizia costituzionale», appare poco congruente con la disciplina del processo che ne segue: un processo indiscutibilmente «di parti», subordinato a un interesse processuale che non coincide con quello «ordinamentale» della difesa della Costituzione. Ciò è conseguenza dell'ambiguità non risolta – qui più volte rilevata – circa il carattere

del giudizio principale, sempre in bilico tra la sua versione di giudizio di legittimità costituzionale e l'altra di regolamento di competenza legislativa.

Le Regioni sono legittimate a censurare, «in via di impugnazione principale, leggi dello Stato esclusivamente per questioni attinenti al riparto delle rispettive competenze»; la deducibilità di altri parametri costituzionali è ammessa «soltanto ove la loro violazione comporti una compromissione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite» (sent. nn. 80 e 22 del 2012; 216 del 2008; 274 e 303 del 2003)<sup>105</sup>. Queste, le affermazioni di principio. In concreto, però, l'atteggiamento di chiusura è di molto attenuato, se non contraddetto. Secondo un orientamento ormai costante, la Corte costituzionale ammette che le Regioni promuovano questioni di legittimità costituzionale per violazione di parametri estranei al Titolo V della Parte II della Costituzione, seppur «solo quando la violazione denunciata sia potenzialmente idonea a determinare una lesione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni»<sup>106</sup>. Si usa dire, in queste occasioni, che la violazione di parametri costituzionali diversi da quelli che definiscono le competenze regionali «ridonda» in lesione delle competenze medesime (sent. nn. 8 del 2013 e 199 del 2012). Per questo motivo la Corte richiede, a pena di inammissibilità del ricorso, una motivazione adeguata «in ordine ai profili di una possibile ridondanza della predetta violazione sul riparto di competenze», affinché sia assolto «l'onere di operare la necessaria indicazione della specifica competenza regionale che ne risulterebbe offesa e delle ragioni di tale lesione» (sent. n. 141 del 2016; nello stesso senso, le sent. nn. 117, 110, 65 e 29 del 2016; 251, 189, 153, 140, 89 e 13 del 2015). La «ridondanza» è comunque un concetto elastico, che la Corte può tendere quasi fin che vuole. Così, si è ritenuta l'ammissibilità di ricorsi regionali che lamentavano la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con la normativa comunitaria; dell'art. 123 della Costituzione, per contrasto con le disposizioni statutarie (sent. n. 201 del 2008); dell'art. 77 della Costituzione, per violazione dei presupposti di necessità e di urgenza (sent. nn. 287 e 244 del 2016; 6 del 2004 e 303 del 2003); di norme attributive di competenze a enti locali, «independentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale» (sent. n. 289 del 2009); dell'art. 75 della Costituzione, per aver contraddetto l'esito di un referendum abrogativo in una materia (i servizi pubblici locali) di interesse regionale (sent. n. 199 del 2012); degli artt. 3 e 97 Cost., per irragionevolezza e violazione del buon andamento sull'autonomia organizzativa e di spesa regionale e locale (sent. nn. 13 del 2017 e 141 del 2016); dell'art. 81 Cost. (spesso congiuntamente all'art. 97), per alterazione degli equilibri finanziari raggiunti dalla Regione (sent. nn. 244 e 127 del 2016).

<sup>105</sup> E. Rossi, *Parametro e oggetto nel giudizio in via principale: riflessi processuali della caotica produzione normativa statale e possibili rimedi*, in *I ricorsi in via principale*, cit., pp. 129 ss.

<sup>106</sup> Aa. Vv., *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni. La lezione dell'esperienza*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 15 maggio 2015, Milano, Giuffrè, 2016.

*L'interesse a ricorrere.* Incoerente con una ricostruzione unitaria del giudizio principale, ma coerente con la diversità di posizione riconosciuta rispettivamente allo Stato e alla Regione, è la soluzione che la Corte ha dato al problema dell'interesse a ricorrere, come condizione di ammissibilità del ricorso stesso.

Poiché si considera che lo Stato agisca a difesa dell'integrità dell'ordinamento costituzionale come tale, si è ritenuto che tale condizione non assuma un rilievo a sé nell'iniziativa contro le leggi regionali: ogni qual volta si ritenga che una legge regionale violi una norma costituzionale, per ciò solo lo Stato è interessato e abilitato ad agire. Invece, per il ricorso regionale, legittimazione astratta e interesse al ricorso si presentano su piani distinti. Sebbene i testi nulla dicano in proposito – ciò che dovrebbe indurre a cautela nell'impiego di questa categoria<sup>107</sup> – si è ritenuto che un ricorso regionale contro leggi statali possa ammettersi solo quando la legge sia tale da determinare *hic et nunc* effetti lesivi della sfera di competenza regionale concretamente esistente. L'interesse mancherebbe (e il ricorso sarebbe inammissibile) quando la legge impugnata concerne settori nei quali non esiste *in atto* (e non solo nell'astratta previsione costituzionale o statutaria) una corrispondente potestà legislativa regionale, tale da poter essere lesa dalla legge dello Stato. Inoltre, l'interesse è escluso quando il ricorso appare tale che nessun «pratico effetto» potrebbe derivare nella sfera soggettiva del proponente dall'eventuale accoglimento della questione di incostituzionalità. L'interesse a ricorrere, dunque, deve essere attuale e concreto (sent. n. 216 del 2008). Stando a questo criterio, si può dire che il controllo preliminare svolto dalla Corte tende a verificare: 1) l'esistenza di atti statali in concreto operanti rispetto alla Regione ricorrente; 2) l'esistenza attuale di una sfera di competenza legislativa regionale, suscettibile di essere garantita dalla decisione della Corte; 3) l'utilità di un eventuale accoglimento del ricorso per l'ente proponente. Ciò significa, per converso, l'inammissibilità di ricorsi regionali rivolti a ottenere dichiarazioni di mero accertamento circa la delimitazione delle competenze legislative, ma senza effetti costitutivi attuali per la Regione ricorrente.

In tale contesto si inserisce quell'orientamento, per certi versi discutibile, sorto in particolare con riferimento alla pretesa violazione dell'art. 81 Cost., che richiede che le Regioni dimostrino, con allegazione di documentazioni, l'effettiva incidenza sulla loro autonomia finanziaria della disposizione statale censurata. La Corte ha ripetutamente affermato che ben possono aversi riduzioni di risorse senza necessaria violazione dell'autonomia finanziaria regionale, purché non tali da rendere inadeguato il finanziamento delle sue funzioni ed eccessivamente difficile il loro svolgimento (sent. nn. 65 e 10 del 2016; 188 del 2015). Grava, tuttavia, sulla Regione ricorrente l'onere di provare «in concreto che l'intervento

<sup>107</sup> C. Esposito, *L'interesse a ricorrere nei ricorsi contro le leggi*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1960, pp. 647 ss.; S. Bartole, *Considerazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di interesse a ricorrere nei giudizi in via d'azione*, *ibidem*, 1965, pp. 1665 ss.; Id., *Nuove riflessioni sull'interesse a ricorrere nei giudizi in via principale sulla legittimità delle leggi*, *ibidem*, 1974, pp. 540 ss.



normativo abbia dato luogo a un'insufficienza complessiva dei mezzi finanziari a disposizione» (sent. nn. 151 del 2016; 82 del 2015; 145 del 2008 e 29 del 2004). Sebbene utile al fine di evitare ricorsi privi di interesse effettivo delle Regioni, tale richiesta può avere un duplice risvolto negativo: rendere eccessivamente gravosa la posizione della Regione ricorrente (accentuando la sua diversità rispetto a quella dello Stato ricorrente), e contribuire alla trasformazione della Corte costituzionale da giudice delle leggi a giudice dei conti (un ruolo che, oltre a esulare dal suo proprio, richiederebbe strumenti e conoscenze di tale rilievo tecnico, quale è quello che connota la contabilità e la finanza pubblica, di cui i giudici costituzionali sono tendenzialmente privi).

## 14. Il procedimento di fronte alla Corte costituzionale

Il giudizio di fronte alla Corte costituzionale si instaura nel momento in cui il ricorso è depositato presso la cancelleria della Corte (art. 19 NI) e supera il controllo preliminare di regolarità. Da questo momento prende avvio un procedimento, secondo momenti temporali definiti. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito, la parte convenuta può costituirsi in giudizio, con il deposito in cancelleria della Corte di una memoria contenente le conclusioni e l'illustrazione delle stesse (art. 19 NI). Il soggetto che si costituisce non può comunque ampliare il *thema decidendum*, come risulta delineato dal ricorso depositato. Gli atti successivi al deposito, così come la costituzione del resistente, sono solo diretti «a sollecitare un'adeguata prospettazione delle rispettive posizioni sin dall'ingresso delle parti nel giudizio» (sent. n. 168 del 2010).

### 14.1. I soggetti intervenienti

Conformemente alla costruzione del giudizio in termini di conflitto legislativo tra parti interessate alla tutela della rispettiva competenza, il giudizio in via principale si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa. La giurisprudenza costituzionale non ha dato spazio alla partecipazione al giudizio costituzionale a soggetti diversi dalle parti stesse, ritenendosi non ammissibile la presenza né di soggetti controinteressati, né di soggetti intervenienti ad altro titolo. Tale esclusione trova altresì giustificazione nel fatto che tali altri soggetti, privi della potestà legislativa, possono comunque far valere le rispettive posizioni soggettive, anche costituzionali, di fronte ad altre istanze giurisdizionali ed eventualmente anche di fronte alla Corte attraverso un giudizio instaurato in via incidentale (da ultimo, sent. nn. 242 e 63 del 2016).

*Esigenze di ampliamento del contraddittorio.* Una tendenza ad abbandonare l'atteggiamento di chiusura all'integrazione del contraddittorio si è registrata – come s'è visto e si vedrà, negli altri giudizi pendenti dinanzi alla Corte (nel giudizio in via incidentale, nel giudizio sui conflitti, nel giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo). Nel giudizio in via principale, invece, la Corte mantiene una maggiore rigidità, sia per la peculiare natura politica di tale giudizio, sia per

l'esistenza di strumenti di garanzia alternativi, sia per il timore di aggiramento delle norme processuali (e della perentorietà dei termini che governano tale giudizio). Merita comunque menzionare i soggetti che potrebbero essere interessati da un ampliamento del contraddittorio. *a)* Una prima categoria è data dalle altre Regioni (altre rispetto a quella ricorrente, in caso di ricorso regionale; rispetto a quella resistente, in caso di ricorso statale). La natura del problema che l'ammissibilità del loro intervento pone è duplice: da un lato, si consentirebbe alle Regioni terze di intervenire in giudizio una volta decorso il termine per l'impugnazione diretta; dall'altro, si dovrebbe giustificare l'interesse a ricorrere. A quest'ultimo proposito, si è sostenuto che l'interesse sarebbe dato, nel caso di ricorso regionale su legge statale, dal fatto che l'intervento potrebbe giustificare l'astensione, per l'intanto, dall'esecuzione della legge statale impugnata, e dalla constatazione che, in caso di accoglimento della questione, gli effetti si produrrebbero su tutto il territorio nazionale<sup>108</sup>; nel caso di ricorso statale, dal fatto che oggetto del giudizio potrebbe essere una legge regionale di analogo (o identico) contenuto rispetto ad altra, in corso di approvazione da parte dell'interveniente<sup>109</sup>. *b)* Una seconda categoria è quella degli enti territoriali minori, la cui sfera di competenza sia compressa da una legge statale o regionale. La giurisprudenza è nel senso dell'esclusione (sent. n. 196 del 2004). L'omesso riconoscimento di strumenti di giustizia costituzionale<sup>110</sup> è attenuato dalla già menzionata possibilità che gli enti locali partecipino all'attività d'impulso nel giudizio costituzionale, attraverso la proposta di impugnativa della Conferenza Stato-Città e autonomie territoriali avverso una legge statale, o del Consiglio delle autonomie locali avverso una legge regionale. *c)* Una terza categoria è costituita da soggetti privati, portatori di interessi qualificati. L'esigenza si è posta in conseguenza della constatazione che l'ampliamento delle competenze regionali ha inciso sulla natura dello stesso giudizio principale, coinvolgendo i diritti fondamentali nella determinazione della spettanza delle competenze legislative, in misura sconosciuta in passato. Ma al di là delle aspettative dei commentatori, la giurisprudenza costituzionale è, per ora, salda su posizioni negative.

#### 14.2. Lo svolgimento del processo

Entro novanta giorni dal deposito del ricorso, il presidente della Corte deve fissare («fissare» non significa «far svolgere») l'udienza di discussione del ricorso (art. 35 della l. n. 87 del 1953). La disciplina del procedimento ripercorre quello stabilito per il giudizio instaurato in via incidentale, per esplicito richiamo da parte dell'art. 23 NI.

Decorso il termine di venti giorni per la costituzione delle parti, il presidente della Corte nomina uno o più giudici per l'istruzione e per la relazione della causa

<sup>108</sup> A. Ruggeri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 322.

<sup>109</sup> E. Gianfrancesco, *L'intervento delle Regioni terze e dei terzi interessati nel giudizio in via d'azione*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 225 ss.

<sup>110</sup> P. Costanzo, *La tutela delle autonomie locali davanti alle corti costituzionali*, in G. Rolla (a cura di), *La difesa delle autonomie locali*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 147 ss.; Q. Camerlengo, *Gli enti locali e la giustizia costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2009, pp. 1341 ss.

(artt. 26, primo comma, della l. n. 87 del 1953 e 7 NI). Nei successivi venti giorni, il presidente, tenuto conto dello stato delle cause pendenti, fissa con decreto il giorno dell'udienza, convocando la Corte (art. 8 NI). Il termine è chiaramente ordinatorio. La convocazione avviene normalmente in udienza pubblica. Tuttavia, se il presidente, sentito il giudice per l'istruzione, ritiene che sussistano motivi per la sospensione del provvedimento impugnato (art. 21 NI) o per l'estinzione del giudizio (art. 9 NI) convoca la Corte in camera di consiglio. Della convocazione della Corte, in udienza pubblica o in camera di consiglio, viene data comunicazione alle parti, almeno trenta giorni prima della data fissata per la riunione (art. 9 NI). In camera di consiglio, le parti possono illustrare, con memoria, le ragioni per le quali la causa debba essere discussa in udienza pubblica. Ove si ritenga non sussistano le condizioni, la causa può essere rinviata all'udienza pubblica. Fino a venti giorni prima dell'udienza o della camera di consiglio, le parti possono depositare memorie nella cancelleria della Corte (art. 10 NI). La Corte dispone di poteri istruttori; può disporre l'audizione di testimoni, chiedere atti e documenti (artt. 12, 13, 14 NI). Può disporre la riunione di questioni che ritenga omogenee o la separazione di questioni che ritenga al contrario disomogenee all'interno dello stesso ricorso (art. 22 NI). Quando il ricorso – come si è espressa la Corte nella decisione che introdusse in via pretoria la separazione (sent. n. 201 del 2003) poi recepita nelle norme integrative – «uno nella forma, è plurimo nel contenuto»: «esigenze di omogeneità e univocità della decisione possono indurre a distinguere la materia e ad assumere decisioni separate per ciascuna questione o gruppi di questioni».

*Il potere di sospensione dell'atto legislativo.* La Corte dispone altresì del potere cautelare (o sospensivo). Può, infatti, in pendenza del giudizio sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato o di sue parti, d'ufficio o su istanza, quando ritenga che ne possa derivare il rischio di un irreparabile pregiudizio per l'interesse pubblico o per l'ordinamento giuridico della Repubblica, o il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini (art. 35 della l. n. 87 del 1953, come modificato dall'art. 9 della l. n. 131 del 2003). Ciò permette di ovviare ai rischi che potrebbero derivare dall'immediata entrata in vigore della legge, relativamente alla produzione di danni irrimediabili o al pregiudizio per l'esercizio delle competenze legislative. La prima decisione su un'istanza di sospensione dell'atto impugnato si è avuta con l'ordinanza n. 107 del 2010, con la quale è rigettata la richiesta, avanzata dalla Regione Lazio, di sospendere in via cautelare gli artt. 1 e 2 del d.l. n. 29 del 2010, noto come «decreto salvaliste», adottato dal governo per far fronte all'esclusione di alcune liste dalle elezioni regionali del Lazio per irregolarità nella loro presentazione.

*Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.* La Corte inoltre può operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea per questioni interpretative inerenti norme di diritto comunitario rilevanti per la decisione della questione promossa in via principale (sent. nn. 103 e 102 del 2008). Su questo punto, il giudizio principale si differenzia da quello incidentale, nel quale tale rinvio, ove si pongano questioni d'interpretazione alla luce del diritto comunitario, spetta ordinariamente al giudice *a quo*. In caso di rinvio pregiudiziale, le questioni di diritto interno possono essere separate

da quelle oggetto di rinvio e risolte autonomamente; mentre devono essere sospese le decisioni sulle questioni connesse all'interpretazione comunitaria chiesta nel rinvio, in attesa della pronuncia della Corte di giustizia.

### 15. Il controllo sugli statuti delle Regioni ordinarie

A norma dell'art. 123 della Costituzione (come modificato dall'art. 3 della l. cost. n. 1 del 1999), la Corte costituzionale è giudice della legittimità costituzionale degli statuti delle Regioni ordinarie, su ricorso del governo da presentarsi entro trenta giorni dalla loro pubblicazione. Sono così arricchite le ipotesi di giudizio di legittimità costituzionale sollevate in via principale<sup>111</sup>. Si tratta, tuttavia, di un'ipotesi che presenta autonome peculiarità, rispetto al procedimento finora descritto.

*Carattere preventivo del controllo.* Sin dall'entrata in vigore della nuova disposizione costituzionale, si pose la questione circa il carattere, preventivo o successivo, del controllo sugli statuti regionali<sup>112</sup>. Ciò perché l'art. 123 della Costituzione fa decorrere il termine per il deposito del ricorso governativo «dalla pubblicazione» dello Statuto. Quale «pubblicazione»? La questione non era di poco conto, coinvolgendo la relazione intercorrente tra il procedimento aggravato di formazione della legge statutaria e il procedimento di controllo sulla sua legittimità costituzionale. Entrambi i procedimenti fanno riferimento a termini che decorrono «dalla pubblicazione» dell'atto (entro tre mesi dalla pubblicazione può essere richiesto referendum popolare; entro trenta giorni dalla pubblicazione può essere prospettato ricorso governativo). Nel primo caso, però, anche ragionando per analogia con il procedimento previsto per la formazione delle leggi costituzionali (art. 138 Cost.), si tratta certamente di una «pubblicazione notiziale», che viene fatta prima del perfezionamento del procedimento, per consentire l'iniziativa referendaria; nel secondo caso, invece, nulla è detto esplicitamente. La conseguenza è che, riferendosi alla pubblicazione-notizia, il controllo di costituzionalità sulla legge statutaria precede lo svolgimento del referendum (e, quindi, il suo esito non corre il rischio di scontrarsi con una possibile volontà contraria espressa dai cittadini); riferendosi alla pubblicazione-vigenza, il controllo di costituzionalità diventa successivo al referendum, con possibilità di contraddizione tra gli esiti dell'uno e dell'altro.

La questione, nonostante gli auspici dei commentatori sostenitori di una lettura a favore di un controllo successivo (particolarmente dopo che la riforma del 2001 aveva eliminato il controllo preventivo sulle leggi regionali), è stata risolta dalla Corte in senso opposto. Essa ha affermato

<sup>111</sup> A Cardone, *La «terza via» al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>112</sup> Aa.Vv., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Milano, Giuffrè, 2001; M. D'Amico, *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in Balduzzi e Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., pp. 262 ss.

che «il termine per promuovere il controllo di legittimità costituzionale [...] decorre dalla pubblicità notiziale della delibera statutaria e non da quella, successiva alla promulgazione, che è condizione per l'entrata in vigore» (sent. n. 304 del 2002). Il controllo è dunque preventivo: precede l'eventuale referendum. Le argomentazioni della Corte sono state di carattere sistematico e letterale. In primo luogo, è stata esclusa la simmetria rispetto al giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi regionali, sulla base della considerazione che leggi e statuti non sono assimilabili in un'unica categoria di fonte del diritto. La disciplina prevista dall'art. 123 della Costituzione, secondo la Corte, concilia le istanze autonomistiche, «pienamente appagate con l'attribuzione allo Statuto di un valore giuridico che lo colloca al vertice delle fonti regionali e con la scomparsa dell'approvazione parlamentare», e il principio di legalità costituzionale, soddisfatto dalla previsione di un controllo preventivo sulle deliberazioni statutarie, tali da «impedire che eventuali vizi di legittimità dello Statuto si riversino a cascata sull'attività legislativa e amministrativa della Regione». In secondo luogo, con riferimento alla lettera della norma della Costituzione, sarebbe impossibile «immaginare, in assenza di un'esplicita indicazione in tal senso da parte del legislatore costituzionale, che questa stessa parola "pubblicazione" [che compare in due commi diversi] abbia un significato totalmente disomogeneo e stia a indicare non una pubblicazione a fini notiziali, ma la pubblicazione successiva alla promulgazione, la cui funzione, di per sé, non è quella di provocare l'apertura di termini, ma l'entrata in vigore degli atti normativi». In definitiva, giudizio di legittimità e referendum sono stati configurati come due fasi procedurali autonome e distinte, sebbene in sequenza: prima il giudizio di legittimità costituzionale, poi, una volta che la legge statutaria ne sia uscita indenne, il referendum: prima il giudizio giuridico, poi quello politico.

Dal controllo preventivo sorgono due questioni: se la presentazione del ricorso sospenda l'entrata in vigore dello Statuto, arrestando il corso dell'eventuale procedimento referendario; se la legge statutaria possa essere oggetto di un controllo di legittimità costituzionale successivo, a norma dell'art. 127 della Costituzione. Sulla prima questione, nulla è detto espressamente. Tuttavia, l'esigenza che il controllo di legittimità si chiuda prima dell'eventuale consultazione referendaria, cioè che non si trasformi da preventivo in successivo, ha indotto alcune Regioni a stabilire, con legge, che il termine per la richiesta di referendum sia sospeso o sia interrotto, e riprenda a decorrere dalla pubblicazione della decisione costituzionale (nel senso della legittimità di tali interventi legislativi, sent. nn. 445 del 2005 e 12 del 2006). Per quanto riguarda la seconda questione, la Corte ha escluso che la delibera statutaria possa essere impugnata due volte dal governo, una volta secondo l'art. 123, un'altra volta secondo l'art. 127 della Costituzione (sent. n. 469 del 2005). Il procedimento dell'art. 123 è tipico ed esclusivo: «l'esplicita previsione di uno speciale e meno favorevole (perché preventivo) sistema di controllo sulla legge statutaria comporta che a questa legge, una volta promulgata e pubblicata nel Bollettino Ufficiale, non possa applicarsi anche il controllo successivo previsto per le altre leggi regionali».

La Corte ha stabilito altresì che il controllo preventivo è reiterabile, con riguardo al caso in cui la «delibera statutaria», già sottoposta a un primo controllo, sia stata successivamente modificata dal Consiglio regionale e quindi possano

sorgere nuove contestazioni di legittimità costituzionale. La Corte si è premurata di aggiungere, in un *obiter dictum* che, per così dire, mette le mani avanti, che la procedura dell'art. 123 della Costituzione e il controllo preventivo esercitato su iniziativa del governo, non escludono che la promulgazione e la successiva «vera e propria pubblicazione» dello Statuto possano essere impugnate per conflitto di attribuzioni, analogamente a quanto nel passato si è ammesso per le ipotesi, in qualche misura analoghe, concernenti l'asserita lesione dei poteri governativi relativi al controllo (a quel tempo) preventivo sulle leggi regionali ai sensi del previgente art. 127 della Costituzione. Ciò a cui la Corte ha pensato è, presumibilmente, la promulgazione e pubblicazione di un testo statutario che esprima una sorta di ribellione ai limiti dell'autonomia regionale, cioè una «rottura» dell'ordinamento.

*Vizi di legittimità costituzionale.* L'art. 123, primo comma, della Costituzione stabilisce che lo Statuto regionale deve essere «in armonia con la Costituzione». Ciò significa, innanzitutto, che nel giudizio costituzionale sullo Statuto, così come nell'impugnativa delle leggi regionali, può farsi valere la violazione di qualunque disposizione costituzionale. Il riferimento all'armonia, tuttavia, vale qualcosa in più (sent. nn. 12 del 2006 e 304 del 2002): esso «rinsalda l'esigenza di puntuale rispetto di ogni disposizione della Costituzione, poiché mira non solo a evitare il contrasto con le singole previsioni di questa, dal quale non può certo generarsi armonia, ma anche a scongiurare il pericolo che lo Statuto, pur rispettoso della lettera della Costituzione, ne eluda lo spirito».

*Svolgimento del procedimento.* Per quanto riguarda lo svolgimento del giudizio dinanzi alla Corte, esso ricalca quello instaurato in via incidentale.

### PARTE I. SPOSTAMENTO DI PROSPETTIVA

#### 1. Da giurisdizione di repressione a giurisdizione d'interpretazione

Quando la Corte costituzionale ritiene infondata una questione di costituzionalità, la decisione è di *rigetto*. Quando la ritiene fondata, è di *accoglimento*. Nel primo caso, nulla cambia e la legge rimane vigente; nel secondo, tutto cambia e la legge è eliminata. Questa – decisioni di rigetto e di accoglimento – è la distinzione primaria. Anzi, più che una distinzione, sembra un'alternativa: o questo o quello, senza altre possibilità. Effettivamente, questo modo binario di concepirne l'esito corrisponde all'idea originaria che si aveva del giudizio di costituzionalità. Se non c'è contrasto con la Costituzione, rigetto; se c'è contrasto, accoglimento della questione.

Questo *aut aut* era perfettamente coerente con il modello di giustizia costituzionale, come fu pensato originariamente in Italia e con la funzione meramente negativo-eliminativa del controllo sulle leggi. L'idea era che le leggi o sono «dentro il costituzionalmente lecito» o sono «fuori». Nel primo caso, tutto bene e rigetto della questione; nel secondo caso, tutto male, accoglimento della questione e soppressione della legge. C'è una ragione storica facilmente comprensibile, alla base di questa semplice visione: la giustizia costituzionale era allora, ai tempi della sua istituzione, pensata come antidoto alla legislazione autoritaria proveniente dal regime anteriore, la cui eliminazione effettivamente occupò gran parte dell'attività nella prima fase di esistenza: a questo scopo, l'alternativa rigetto o accoglimento sembrava assorbire l'intero arco delle possibilità e delle necessità.

Oggi, però, in un contesto di giustizia costituzionale profondamente mutato, quella concezione mostra la sua insufficienza. Oggi non si tratta più (o non più solo) di censurare l'atto legislativo in quanto non rispettoso dei limiti che la Costituzione impone alla funzione legislativa, bensì anche (e soprattutto) di censurare l'atto legislativo in quanto non idoneo a dare effettività ai principi costituzionali. La funzione della giustizia costituzionale riguarda l'operatività della Costituzione e da qui nascono

tutte le esigenze che hanno complicato il quadro a due colori che era stato immaginato all'inizio. La garanzia della «forza della Costituzione» non si realizza solo eliminando la contraria «forza della legge», tutte le volte in cui la prima, per essere effettiva, ha necessità della seconda. Spesso, eliminare la legge non serve alla Costituzione; serve, invece, «piegarla alla Costituzione».

In molti casi, l'eliminazione pura e semplice della legge non rimedierebbe all'incostituzionalità, ma concorrerebbe, invece, paradossalmente, a ingenerare risultati di incostituzionalità ancor più gravi<sup>1</sup>. È in questa consapevolezza che si è sviluppato (presso la giurisdizione costituzionale e negli scritti dei commentatori) l'orientamento a svincolare la giurisdizione costituzionale dalla sua visione negativa di giurisdizione d'annullamento, e ad attribuirle compiti positivi, di «ricomposizione interpretativa» o di «integrazione normativa» dell'ordinamento.

## 2. Giurisdizione d'interpretazione

*L'incostituzionalità come fallimento dell'interpretazione.* Il rapporto di compatibilità o d'incompatibilità tra la Costituzione e la legge, oggetto del giudizio di costituzionalità, non riguarda disposizioni; non consiste semplicemente nel guardare le formule normative, costituzionale e legislativa, e metterle a confronto. La contraddizione lessicale è solo un'eventualità marginale. Di solito, la struttura delle norme costituzionali e di quelle legislative – principi le prime, regole le seconde – è eterogenea e, quindi, il raffronto formale (o di formule) è di per sé infruttuoso. Si prenda una qualsiasi questione di legittimità costituzionale: la violazione della Costituzione che si prospetta alla Corte costituzionale non consiste (quasi) mai in un conflitto tra proposizioni normative, ma è una contraddizione pratica.

Si può dire così: l'incostituzionalità della legge è la conseguenza del fallimento (di un primo stadio) dell'interpretazione. Riprendiamo la definizione di interpretazione sviluppata nel primo volume di questa *Giustizia costituzionale* (vol. I, pp. 81 ss.): attività rivolta alla ricerca nell'ordinamento della norma adeguata alle esigenze del caso. Rammentiamo, inoltre, che le esigenze del caso nascono dalla categorizzazione dei fatti secondo le norme di principio della Costituzione. Alla luce di queste affermazioni, risulta con evidenza che il «fallimento dell'interpretazione», da cui prende origine la questione di costituzionalità, si ha quando non è possibile trovare nell'ordinamento, così com'è, una norma idonea a rispondere alle aspettative costituzionali di regolazione del caso.

In breve: l'incostituzionalità è il fallimento dell'interpretazione e la *dichiarazione d'incostituzionalità* della legge è in funzione del successo dell'interpretazione. La giurisdizione costituzionale sulle leggi appare così nella sua luce essenzialmente interpretativa, come funzione di soccorso

<sup>1</sup> C. Tripodina, *Il «potere politico» della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Stresa, 12 novembre 2010, Torino, Giappichelli, 2011.



all'interpretazione, quando questa si sia impigliata in norme legislative inadeguate, dalle quali occorre liberarla.

► *Esempi.* Gli artt. 3 e 24, secondo comma, della Costituzione parlano, l'uno, di uguaglianza davanti alla legge e, l'altro, di diritto di difesa in giudizio. Che cosa hanno a che vedere le loro formulazioni con, per esempio (ord. n. 456 del 2007), la norma tratta dal codice di procedura penale secondo cui «il testimone non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata nei suoi confronti sentenza di applicazione della pena, se nel procedimento egli aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione?»

Che cosa aveva a che vedere la formula dell'art. 32 della Costituzione («La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo») con la norma del codice penale (dichiarata incostituzionale con la sent. n. 27 del 1975) che considerava delitto l'interruzione volontaria della gravidanza, o con le norme che impongono vaccinazioni obbligatorie (su cui la Corte è intervenuta con una serie di decisioni, dalla sent. n. 307 del 1990 alla sent. n. 107 del 2012) o anche solo ne raccomandano il ricorso (da ultimo, sent. n. 268 del 2017)?

Che cosa ha a che vedere l'art. 24, primo comma, della Costituzione («Tutti possono agire in giudizio...») con la norma del codice di procedura civile (dichiarata incostituzionale con la sent. n. 67 del 1960) che stabiliva l'onere di deposito di una cauzione da parte dell'attore, nel caso in cui vi fosse fondato timore che l'eventuale condanna nelle spese potesse restare ineseguita?

Evidentemente, non è questione di contraddizione di formule normative. È altra cosa: è il raffronto tra come un certo caso (un soggetto, in certa situazione, chiamato a testimoniare; una donna, in certa situazione, che ha abortito; un bimbo sottoposto a vaccinazione che ha contratto un morbo; un attore nel processo in certa condizione economica) è valutato dal legislatore (obbligo, delitto, onere, o anche nulla) e come deve essere valutato secondo la Costituzione. Alla questione di costituzionalità si giunge in quanto l'interprete non sia in grado, con i suoi strumenti interpretativi, di pervenire alla soluzione del caso, conformemente alla comprensione di esso che è dovuta secondo la Costituzione; in quanto inciampi nell'ostacolo di una norma di legge di senso diverso. Questo inciampo è il fallimento dell'interpretazione.

#### *La dichiarazione d'incostituzionalità come soccorso all'interpretazione.*

La dichiarazione d'incostituzionalità, concepita entro la problematica dell'interpretazione, cioè dal punto di vista dell'interprete e della funzione ch'egli svolge, sposta in questo ambito la prospettiva tradizionale, che era quella, per così dire, della «vita delle norme» (nella terminologia di Hans Kelsen, la «nomodinamica»<sup>2</sup>): dalla coerenza delle norme al successo dell'interpretazione, dal diritto in teoria alla pratica del diritto; dalle fonti alla giurisprudenza. In generale, per comprendere il significato di questo spostamento, si può dire così: dal diritto decontestualizzato dai casi della vita al diritto contestualizzato; dal diritto in teoria al diritto in pratica. Più profondamente: dall'esigenza di coerenza dell'apparato giuridico di dominio sul sociale, al bisogno di rispondenza del sistema normativo alle esigenze giuridiche della società. Questo è l'effetto dell'inserimento del

<sup>2</sup> Per esempio, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960); trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, cap. V (*Dinamica del diritto*), pp. 217 ss.; Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità, 1963, cap. I, parte II (*Nomodinamica*), pp. 111 ss.

controllo di costituzionalità sulla legge nella dimensione dell'interpretazione del diritto.

### 3. Conseguenze: l'interpretazione conforme e l'incostituzionalità come ultima risorsa

a) *L'interpretazione conforme dei giudici*. Considerando la questione di costituzionalità della legge in funzione dell'interpretazione, si comprende e si giustifica pienamente l'orientamento della giurisprudenza della Corte costituzionale che esige, come condizione di ammissibilità della questione di costituzionalità, che il giudice che le si rivolge abbia esplorato le possibilità a sua disposizione per addivenire a un'interpretazione della legge conforme alla Costituzione (*supra*, pp. 123 ss., e *infra*, pp. 213 ss.). In questo modo, la dimensione costituzionale delle controversie giuridiche entra pienamente e legittimamente nella cognizione dei giudici d'ogni tipo. Non risulta più sostenibile la dottrina, avanzata in un primo tempo, anche alla luce degli intendimenti espressi dal Costituente<sup>3</sup>, che separava nettamente i campi: da un lato, la legge e la giurisdizione comune, con al vertice i poteri interpretativi della Corte di cassazione; dall'altro, la Costituzione e la giurisdizione costituzionale. La nozione di «non manifesta infondatezza», prevista come condizione della questione di legittimità costituzionale, così reinterpretata, risulta modificata, rispetto a quando la si intendeva come garanzia della separazione netta di tali due campi, attraverso l'assegnazione al giudice che solleva la questione di un potere limitato alla semplice delibazione superficiale del rapporto tra la legge e la Costituzione.

Non c'è dubbio che, oggi, non si sia più dentro la visione che un tempo prevaleva. Ma è questo uno «stravolgimento» del sindacato incidentale, come si è sostenuto<sup>4</sup>, oppure è semplicemente un'altra visione, altrettanto o forse più giustificata dell'altra, in una visione comprensiva della vita del diritto, nel quadro della Costituzione come norma giuridica pervasiva dell'ordinamento, quale essa si è venuta ad affermare nel tempo? I giudici, oggi, sono chiamati a fare uso dei poteri d'interpretazione di cui dispongono, compresa l'interpretazione conforme, per integrare la visione legislativa nella visione costituzionale del caso da decidere. Quel requisito della questione (la non manifesta infondatezza) mantiene un suo valore non nel senso di escludere i giudici dall'interpretazione delle norme costituzionali per riservarla alla sola Corte costituzionale, ma nel senso opposto. Se, dopo avere fatto prova di tutti i tentativi di armonizzazione delle due visioni, resta ancora anche solo un dubbio, la questione

<sup>3</sup> In proposito, C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Padova, Cedam, 1979.

<sup>4</sup> G.U. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in «Diritto pubblico», 2005, pp. 19 ss. In tema, G. Laneve, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema «diffuso» di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione. La Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 21 ss.

di costituzionalità deve essere posta alla Corte costituzionale. La «non manifesta infondatezza», che deve essere motivata (mentre un tempo la Corte costituzionale si accontentava della semplice asserzione), significa questo: che il giudice *a quo* ha esaurito i tentativi possibili, nell'ambito dei suoi poteri e che, ciò nonostante, residuano dubbi.

Data l'odierna integrazione del diritto nazionale nel diritto sovranazionale (vol. I, pp. 242 ss.), l'interpretazione conforme alla Costituzione non esaurisce i compiti che spettano al giudice *a quo* prima di sollevare la questione di legittimità, su di lui altresì gravando il dovere, in caso di dubbio, di valutare la possibilità che dalla disposizione censurata possa essere tratta una norma conforme anche al diritto europeo e internazionale, particolarmente dal punto di vista della garanzia dei diritti fondamentali. Analogamente all'interpretazione costituzionalmente orientata, anche per l'interpretazione conforme al diritto sovranazionale vale il limite testuale: come più volte ribadito nella giurisprudenza costituzionale, «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme» (recentemente, sent. n. 43 del 2017). Qualora ciò non sia possibile, ovvero persistano dubbi sulla compatibilità della disposizione interna con quelle sovranazionali, egli deve attivare i rimedi previsti, a seconda dei casi, presso la Corte di giustizia del Lussemburgo o presso la Corte costituzionale (nel caso del diritto della UE), ovvero presso quest'ultima invocando l'art. 117, primo comma (sent. n. 349 del 2007).

b) *Le decisioni d'incostituzionalità come strumenti di «ultima ratio»*. Se si considera (e fino a quando si è considerata) la questione di costituzionalità della legge in funzione dello sviluppo coerente del sistema giuridico alla stregua della «nomodinamica», cioè del rapporto di concatenazione di validità delle norme che lo compongono, l'esito del giudizio non potrebbe che essere binario: se la questione è fondata, la legge è annullata; se la questione è infondata, la legge resta in vigore. O sentenze di accoglimento, dunque, oppure sentenze di rigetto. In questa visione, il rapporto della Corte costituzionale con la giurisdizione e la legislazione è stato definito dicendo non essere «possibile uscire da questo dilemma: se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) ricavarla; se non è presente, spetta al legislatore (solo al legislatore) stabilirla»<sup>5</sup>. Il presupposto implicito, il fondamento inespresso di questo modo di ragionare, è che compito della Corte sia quello di eliminare la legge difettosa, ma non di condizionarne l'interpretazione (compito dei giudici) o imporla, al suo posto, una diversa (compito esclusivo del legislatore): una proposizione drastica, che valeva condanna di ogni tipo di decisione costituzionale diversa dal semplice accoglimento (con annullamento integrale della legge) o dal semplice rigetto (con salvezza della legge, così com'è). Una proposizione incontestabile, ma solo fintanto che si ragiona nella prospettiva dell'ordine delle fonti e del rapporto di validità che lega quelle inferiori a quelle superiori, cioè nella prospettiva della loro gerarchia e, quindi, nella logica della giurisdizione costituzionale come giurisdizione di cassazione delle leggi.

<sup>5</sup> G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 303.

Ciò spiega i notevoli problemi di giustificazione, dal punto di vista della distinzione dei poteri, cui hanno dato luogo gli strumenti, tutti, che la Corte, nel tempo, si è data per sortire dalla rigida alternativa anzidetta. Problemi che, come vedremo, si sono posti sia sul versante della legislazione, sia su quello della giurisdizione – sul presupposto che alla Corte, per valorizzare la Costituzione, spetti solo eliminare la legge difettosa (ciò che, anche nella diversa prospettiva che è andata affermandosi, rappresenta comunque l'*extrema ratio*), ma non cooperare, con i suoi strumenti «più-che-interpretativi» alla ricerca della norma adeguata al caso, sotto il profilo della Costituzione. Sul versante della giurisdizione, sono state contestate le sentenze interpretative, che salvano la legge ma a condizione che se ne dia una determinata interpretazione. L'interpretazione della legge, si è detto, spetta ai giudici. La Corte potrebbe, dunque, eliminare la legge, ma non condizionarne l'interpretazione. Sul versante della legislazione, sono state contestate le decisioni modificative (o «manipolative») della portata della legge, tramite aggiunte, sostituzioni, amputazioni. La modificazione della legge, si è detto, è legislazione e, quindi, spetta al legislatore. La Corte costituzionale potrebbe, dunque, eliminare la legge difettosa, ma non imporne, al posto, una diversa.

Il fatto che questi tipi di decisioni, per quanto considerati spuri e di difficile giustificazione, si siano affermati ugualmente e si siano radicati nella pratica e, anzi, siano diventati d'uso comune, è la conseguenza dello *spostamento di prospettiva* che si è determinato: lo spostamento del controllo di costituzionalità delle leggi dal terreno delle fonti a quello dell'interpretazione; dalla cura dell'astratta coerenza del sistema giuridico, alla garanzia di successo dell'interpretazione. Uno spostamento le cui conseguenze non sempre sono state avvertite con chiarezza.

Tale spostamento, funzionale a ogni concezione della Costituzione come norma di applicazione giudiziaria, cioè come norma che entra in rapporto con la legge ai fini della risoluzione di casi controversi, getta una luce del tutto diversa su quei contestati tipi di decisioni. Il compito della giustizia costituzionale, in questa diversa luce, si rivela come garanzia che il punto di vista della legge e quello della Costituzione, sul caso da decidere, non si contraddicano ma si fondino armonicamente, ovviamente salvaguardando la prevalenza del punto di vista costituzionale su quello meramente legislativo. Nel perseguire questo compito, l'eliminazione radicale della legge può risultare eccessivo, e talora anche controproducente rispetto allo scopo, tutte le volte in cui è possibile salvaguardare la legge, sia pure tramite interpretazioni e «manipolazioni» necessarie per armonizzare i punti di vista dei «due lati» del diritto, quello legislativo e quello costituzionale. Così, si dovrebbe concludere che le decisioni interpretative sono non l'usurpazione del potere interpretativo dei giudici, ma l'ausilio per il «successo» delle loro interpretazioni; così come le decisioni modificative della legge sono non un modo di calpestare l'opera del legislatore, ma un modo per evitare di buttarla interamente all'aria e quindi per rispettare, finché è possibile, nell'essenziale, le scelte di politica legislativa in cui tale opera si manifesta. Naturalmente, esistono limiti, oltre i quali queste considerazioni non varrebbero più, ed è nella

prudenza della Corte non oltrepasarli. Ma, è evidente che l'impossibilità, nel rispetto di questi limiti, di risolvere il contrasto tra la prospettiva costituzionale e quella legislativa, con interpretazioni o aggiustamenti, lascia spazio soltanto, come *extrema ratio*, alla dichiarazione d'incostituzionalità pura e semplice della legge.

La pluralità di strumenti decisionali costituzionali potrebbe allora collocarsi «in un crescendo», che culmina nell'eliminazione della legge, attraverso passaggi intermedi. Si potrebbe dire che lo stesso modo d'intendere il ricorso alla decisione di accoglimento puro e semplice è espressione dello spostamento di prospettiva di cui si è detto: valeva come «primo e unico passo» per la risoluzione delle questioni d'incostituzionalità, in un modello di giustizia costituzionale inteso come mera amputazione; ma vale come «ultimo passo», nel modello attuale di giurisdizione d'interpretazione, in quanto all'amputazione la Corte ricorre dopo che gli altri percorsi sono stati invano intrapresi: solo dopo che il confronto stimolato dalla varietà delle decisioni costituzionali intermedie si sia esaurito, e non risulti quindi in alcun modo possibile l'interpretazione conforme o la «manipolazione» della legge, si procederà all'eliminazione della legge incostituzionale. In questo senso si comprende che le formule decisorie intermedie, se bene utilizzate, sono quelle meno brutalizzanti, nei confronti degli altri poteri coinvolti, e che le pronunce di mera incostituzionalità residuano, ma solo come ultima risorsa della Costituzione.

## PARTE II. DECISIONI DI RIGETTO E DECISIONI DI ACCOGLIMENTO

La comprensione degli argomenti e dei problemi indicati nei paragrafi che precedono necessita, tuttavia, per motivi di chiarezza espositiva, che siano preliminarmente individuate le caratteristiche e gli effetti degli strumenti semplici della giustizia costituzionale (il rigetto e l'accoglimento), per poi poter spiegare gli aspetti specifici delle decisioni intermedie.

### 4. Le decisioni di rigetto delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi

*a) Aspetti generali.* Il giudizio di costituzionalità sulle leggi può concludersi con una decisione di rigetto che dichiara non fondata (o manifestamente infondata, nei casi più evidenti) la questione di legittimità costituzionale della legge, posta in via incidentale o principale.

Si noti: mentre le decisioni di accoglimento (come si dirà) si pronunciano *sulla questione e sulla legge*, dichiarando fondata la prima e incostituzionale la seconda, le sentenze di rigetto si pronunciano *soltanto sulla questione*, dichiarandola infondata. Sebbene la dichiarazione d'infondatezza presupponga, com'è naturale, una valutazione di conformità della legge alla Costituzione (o, meglio, di assenza di difformità), la decisione della Corte non riguarda in generale questa relazione di non-difformità, ma si limita a dichiarare priva di fondamento la specifica questione sottoposta,

qualificata dai soli motivi di incostituzionalità addotti. La configurazione della questione, secondo l'art. 23, primo comma, della legge n. 87, vincola la Corte a non procedere allo scrutinio dell'incostituzionalità alla stregua di aspetti della Costituzione diversi da quelli indicati nell'ordinanza o nel ricorso (*supra*, rispettivamente pp. 139 ss. e 162 ss.).

Mentre le sentenze di accoglimento sono, come si spiegherà, decisioni di accertamento alle quali la Costituzione ricollega effetti generali sotto certi aspetti costitutivi – perché la legge viene definitivamente e irrimediabilmente eliminata dall'ordinamento –, l'efficacia delle sentenze di rigetto è totalmente diversa, non contenendo alcuna certificazione dello *status* di conformità della legge alla Costituzione. La pronuncia di rigetto, quindi, non impedisce che la stessa questione venga in futuro risolta<sup>6</sup>. A ragionar diversamente, sarebbe precluso alla stessa Corte ritornare sulla propria decisione in occasioni successive, cristallizzandosi nel tempo la «costituzionalità» di una disposizione. Poiché ciò non accade, le decisioni di rigetto sono prive di incidenza nel sistema delle fonti del diritto e sulla loro vigenza e una legge, già passata indenne al vaglio della Corte, è *res integra*, pronta a un vaglio successivo.

► *Esempi.* Le pronunce di infondatezza cui sono seguite decisioni di altra natura, pur vertendo la questione di legittimità sugli stessi motivi d'incostituzionalità, sono numerose, fin dalla prima fase d'attività della Corte<sup>7</sup>. Un esempio famoso è dato dalle sentenze n. 64 del 1961 e n. 127 del 1968 in materia di adulterio (già ricordate a proposito del valore del precedente nel vol. I, p. 140). Più recentemente, possono ricordarsi le sentenze n. 425 del 2005 e n. 278 del 2013, in materia di diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini pur quando sia nato da c.d. parto anonimo. Se le decisioni di rigetto facessero stato, in quanto certificative della costituzionalità della legge, le prime sentenze non avrebbero potuto essere rovesciate dalle seconde, con la conseguenza che l'adulterio femminile avrebbe continuato a costituire reato, a differenza di quello maschile, e che l'adottato nato da parto anonimo non avrebbe potuto conoscere le proprie origini, se e fino a che il legislatore non fosse intervenuto a modificare le leggi.

b) *Effetti preclusivi delle decisioni d'infondatezza.* Un'efficacia giuridicamente rilevante esiste, tuttavia, rispetto al giudice che ha sollevato la questione nel processo: un'efficacia esclusivamente processuale. Come il giudice che dubita della legittimità costituzionale di una legge – e che, come vedremo, non può altrimenti superare tale dubbio – deve rinviarla alla Corte perché essa sciolga il suo dubbio, così la decisione della Corte vale come accertamento dell'infondatezza di quel dubbio. Si ha allora, per

<sup>6</sup> La tesi opposta, basata sulla concezione «legislativa» e quindi *erga omnes* della funzione della Corte nel giudizio sulle leggi, è stata sostenuta, in origine, da P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, p. 71. Essa fu però ben presto abbandonata dallo stesso Autore (*Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in «Rivista di diritto processuale», I, 1956, p. 41), a seguito degli argomenti prospettati da G. Azzariti, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 170.

<sup>7</sup> Indicazioni di decisioni *overruling* della Corte costituzionale in G. Treves, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, in Id. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Utet, 1971, pp. 21 ss.

dir così, una decisione di *accertamento rispetto al caso giudiziario specifico* che l'ha determinata, con effetti preclusivi. La decisione di rigetto vieta al giudice di continuare a dubitare della costituzionalità della legge nei termini in cui ne dubitava, inibendogli così di risollevarne la medesima questione<sup>8</sup> e rendendo inevitabile l'applicazione della legge nel giudizio. Diversamente, la riproposizione della stessa questione nel corso dello stesso giudizio configurerebbe una sorta di «impugnazione» della pronuncia d'infondatezza della Corte<sup>9</sup>.

Analoga efficacia preclusiva rispetto alla riproposizione della questione non sembra peraltro sussistere nei successivi gradi in cui il giudizio può svolgersi<sup>10</sup>, ovvero in altro giudizio tra le stesse parti sul medesimo oggetto, nei limitati casi in cui ciò possa avvenire. Ogni giudice infatti è abilitato a dubitare della legittimità costituzionale della legge che si trovi ad applicare e perciò a sollevare la relativa questione, motivando autonomamente il suo dubbio. Naturalmente, la mera riproposizione d'identica questione già respinta, nella normalità dei casi, determinerà un nuovo rigetto (nella forma della manifesta infondatezza), ma non sarà di per sé inammissibile.

A una diversa conclusione si potrebbe giungere ricorrendo al principio di diritto processuale del *ne bis in idem*, la cui applicazione è riservata alle ipotesi d'identità di parti e d'oggetto della controversia. La portata della preclusione si estenderebbe, così, a tutte le fasi e ai gradi di svolgimento del medesimo giudizio<sup>11</sup>. Ma, si tratta del ricorso a un principio di dubbia applicabilità, sia per il rischio implicito di ogni estensione di categorie da un settore a un altro dell'ordinamento<sup>12</sup>, sia perché l'iniziativa nel giudizio incidentale è riconosciuta non solo alle parti ma altresì al giudice – a ciascun giudice – per la tutela di un interesse che lo riguarda individualmente. Cosicché, dal punto di vista soggettivo, la stessa questione deve considerarsi *nuova* quando è diverso il giudice che la propone. Ciò che deve valutarsi, nell'apprezzare gli effetti del principio anzidetto nel giudizio costituzionale, è insomma la caratteristica posizione attiva che assume il giudice della causa principale, posizione che gli conferisce rilievo autonomo con riguardo alla Costituzione e ai vizi di incostituzionalità.

Le decisioni di rigetto della Corte costituzionale posseggono dunque un'efficacia assai limitata, di ordine solo processuale. Essa non è parago-

<sup>8</sup> È la tesi dominante: per esempio F. Carnelutti, *Effetti della pronuncia negativa della Corte costituzionale sul processo pendente*, in «Rivista di diritto processuale», 1959, pp. 478 ss. *Contra*, ma isolatamente, M. Cappelletti, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, Padova, Cedam, 1956, sulla base dell'argomento che le preclusioni devono essere espressamente disposte, come non è nella specie.

<sup>9</sup> Sul tema, e particolarmente sulla riproponibilità della questione, corredata dall'approfondimento dei motivi, R. Bin *et al.*, «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, Jovene, 2006.

<sup>10</sup> Così G. Pugliese, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 852.

<sup>11</sup> Così, A. Pizzorusso, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino e R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. XXIX, Bologna-Roma, Zanichelli, 1983, p. 188.

<sup>12</sup> Pugliese, *Giudicato civile*, cit., pp. 846 ss.

nabile né a quella del «giudicato», efficacia di cui sono dotate le pronunce della giurisdizione comune, né a quel che si denomina il «giudicato costituzionale», categoria riferibile invece alle decisioni di accoglimento.

c) *Una disarmonia solo apparente.* Decisioni di rigetto e decisioni di accoglimento producono, dunque, effetti diversi: effetti meramente preclusivi, le prime, ed effetti di «accertamento costitutivo» (nel senso in cui si dirà), le seconde. Tale differenza, tuttavia, non è né incoerenza, né disarmonia.

Ciò si comprende, considerando che il compito della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi non è la certificazione, per così dire, autentica, della costituzionalità delle leggi, ma la risoluzione dei dubbi d'incostituzionalità attraverso la riconduzione della legge alla Costituzione<sup>13</sup>. L'esistenza del controllo di costituzionalità sulle leggi, in altre parole, non vale a sottoporre l'intera legislazione a una situazione di incertezza (sulla base di una sorta di presunzione di non-costituzionalità di ogni legge), fino a quando non sia superata la questione della «validazione» o «invalidazione»<sup>14</sup> della legge stessa a opera della Corte. La sua decisione d'infondatezza non equivale a una «patente» di costituzionalità, ma vale soltanto a superare l'obiezione d'incostituzionalità mossa dal giudice che ha sollevato la questione.

## 5. Le decisioni di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale

a) *Aspetti generali.* Nel giudizio sulle leggi non si discute – come nei giudizi comuni – di posizioni soggettive, ma di validità della legge che quelle posizioni prende in considerazione. Le sentenze che dichiarano l'incostituzionalità delle leggi possono considerarsi decisioni di accertamento che rimuovono uno stato di dubbio, sancendo definitivamente e «ufficialmente» un vizio preesistente, peraltro già prima riconoscibile da chiunque, nell'ambito dei propri comportamenti giuridicamente rilevanti.

Gli effetti innovativi o costitutivi nell'ordinamento giuridico sono stabiliti, una volta per tutte, dall'art. 136 della Costituzione, ove all'accertamento e alla dichiarazione dell'illegittimità costituzionale della leg-

<sup>13</sup> Uno spunto molto chiaro in questo senso in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente. V: Sedute dal 6 novembre 1947 al 22 dicembre 1947*, Roma, Camera dei deputati, Segretariato generale, 1970, 28 novembre 1947, p. 4231, in particolare nelle parole di F. Gullo: «Quando la Corte costituzionale accerta che il ricorso sia infondato, perché la legge abbia vigore non c'è bisogno che la Corte la dichiari costituzionale. Il giudizio della Corte ha un valore in quanto afferma l'incostituzionalità della norma [...] La Corte in tanto esplica il suo potere in quanto dichiara l'incostituzionalità della norma».

<sup>14</sup> L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I, p. 196; F. Modugno, *L'invalidità della legge. I: Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 228-230; A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, Esi, 1990, p. 51.



ge da parte della Corte costituzionale si fa conseguire la sua perdita di efficacia<sup>15</sup>.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, le decisioni di accoglimento si configurano *pronunce di accertamento con effetti costitutivi*<sup>16</sup>. Gli effetti sono automatici, previsti in via generale dalla Costituzione. Non spetta alla decisione della Corte disporre circa le conseguenze della declaratoria di incostituzionalità: la Corte si occupa della «dichiarazione» di illegittimità di una disposizione, ma non può «gestire» gli effetti che ne conseguono, né estendendoli né circoscrivendoli. Ciò vale in generale, sebbene, come vedremo nei paragrafi successivi, la Corte, in una recente decisione che ha aperto numerosi problemi e dato adito ad altrettanti commenti (sent. n. 10 del 2015, di cui si è già fatto cenno *supra*, p. 184), abbia proclamato a tutte lettere il proprio potere di modulare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce d'incostituzionalità (nella specie, negarne gli effetti retroattivi in un giudizio incidentale).

*I due «momenti», della dichiarazione d'incostituzionalità e della perdita di efficacia.* La ragione teorica dell'inibizione di qualunque determinazione della Corte costituzionale circa la sorte della legge dichiarata incostituzionale ha trovato finora fondamento nella difficoltà di ammettere la sottoposizione dell'attività legislativa alla volontà di un organo diverso, e per di più privo della legittimazione democratica propria invece degli organi legislativi: la prima ragione connessa alla separazione dei poteri e, l'altra, al principio di supremazia della democrazia rappresentativa<sup>17</sup>. Si ammette la sottoponibilità delle leggi a un giudizio di accertamento, ma le conseguenze di tale giudizio si preferisce farle discendere dalla volontà che sovrasta sia la Corte costituzionale che il legislatore: la volontà stessa della Costituzione. Naturalmente, questa costruzione si regge su una visibile finzione, cui non conseguono risultati diversi da quelli che sarebbero derivati attribuendo alla Corte anche la determinazione degli effetti, una volta che questi fossero stati preventivamente fissati tipologicamente in una norma generale della Costituzione.

In altri ordinamenti, la distinzione tra il momento dichiarativo e quello costitutivo assume un significato pratico, quando s'intende rendere non automatico ma discrezionale l'effetto dell'accertamento e attribuirlo alla decisione dello stesso giudice costituzionale o, eventualmente, dell'organo legislativo. Nel sistema di giustizia costituzionale austriaco, il Tribunale costituzionale federale può posticipare, per un termine di non più di un anno, gli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità. Nella Repubblica federale tedesca, il *Bundesverfassungsgericht* può adottare pronunce che scindono l'accertamento dell'incostituzionalità dall'annullamento della legge, per consentire al legislatore di intervenire prima

<sup>15</sup> Per esempio T. Liebman, *Contenuto e efficacia della decisione della Corte costituzionale*, in «Rivista di diritto processuale», 1957, p. 513; G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 256; A. Sandulli, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1959, pp. 42 s.

<sup>16</sup> F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 968.

<sup>17</sup> Si tratta delle difficoltà riscontrate già da H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928); trad. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Ceraci, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 143 ss.

che si producano gli effetti della decisione d'incostituzionalità ed evitare così la creazione di «vuoti legislativi». L'altra possibilità – l'attribuzione allo stesso organo legislativo del potere di trarre le conseguenze del mero accertamento dell'incostituzionalità contenuto nella pronuncia dell'organo di controllo di costituzionalità – fu discussa in sede di lavori costituenti ma venne accantonata, poiché avrebbe finito per depotenziare oltre misura il sindacato sulle leggi, rimettendone gli effetti concreti alla buona volontà dello stesso organo legislativo e riducendo la pronuncia dell'organo di controllo a qualcosa come un più o meno autorevole parere. In realtà, dove esistono meccanismi di questo genere, si deve ritenere che non esista una vera e propria «giurisdizione costituzionale» sulle leggi<sup>18</sup>.

Nel nostro sistema di giustizia costituzionale, la costruzione su cui si basa l'art. 136 della Costituzione (dichiarazione a opera della Corte-perdita di efficacia a opera della Costituzione) rende visibile l'assoluta automaticità dell'effetto sulla vigenza della legge (dichiarata) incostituzionale. Così come non sarebbero ammissibili decisioni dichiarative dell'incostituzionalità della legge cui non segua automaticamente la perdita di efficacia di questa, allo stesso modo sarebbero incostituzionali misure legislative particolari rivolte a sospendere gli effetti delle pronunce d'incostituzionalità o a prorogare l'efficacia della legge dichiarata incostituzionale (ad esempio, sent. n. 223 del 1983). Nessuno spazio l'art. 136 della Costituzione sembra riconoscere alle esigenze di continuità e di completezza dell'ordinamento, neanche attraverso la modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze di accoglimento. A parte la possibilità, del tutto eccezionale, di ricorrere all'incostituzionalità sopravvenuta, per evitare di travolgere la legge sin dall'inizio della sua vigenza, i rimedi ai «vuoti legislativi» sembrano doversi trovare nelle «decisioni intermedie» di cui si è detto, le quali conciliano le esigenze di continuità e di innovazione tramite interpretazioni o «manipolazioni» della legge. Questo è quanto si è ritenuto pacificamente fino a un tempo recente, quando è entrato in funzione, con effetti dirompenti, quel super-principio costituzionale che è l'equilibrio di bilancio inscritto nell'art. 81 della Costituzione, secondo la sua attuale formulazione.

*Introduzione di una nuova tecnica decisoria: la sentenza n. 10 del 2015.* Si tornerà a breve sul tema della modulazione nel tempo degli effetti delle decisioni di illegittimità costituzionale. Ciò che al momento merita di essere segnalato è che la sentenza n. 10 del 2015, nell'assumere la sua decisione, si è posta in rottura con la descritta costruzione su cui si basa l'art. 136 Cost. Dalla considerazione che, «nel pronunciare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, [la] Corte non può non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali», fa discendere la necessità che sia valutata l'eventuale graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti, a lei imponendosi, quale custode della Costituzione nella sua integralità, l'obbligo di «evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, “effetti ancor

<sup>18</sup> Indicazioni in F. Pierandrei, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura-effetti-esecuzione)*, ora in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, 3 voll., Torino, Giappichelli, vol. III, 1964, p. 99.

più incompatibili con la Costituzione” (sent. n. 13 del 2004) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa». Corollario di queste considerazioni è la spettanza alla stessa Corte del compito di modulare, anche sotto il profilo temporale, le proprie decisioni: si legge nella sentenza che, come risulta da una comparazione con altre Corti costituzionali europee, il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, «indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi». Dinanzi a queste affermazioni, che si susseguono «a cascata», quasi in assenza di argomentazione, parte della dottrina ha censurato tale scelta, anche in riferimento alle modalità con cui tale nuova tecnica decisoria è stata introdotta: in linea con la lettura dell’art. 136 Cost., la Corte avrebbe, più correttamente, dovuto sollevare dinanzi a sé medesima una questione di legittimità costituzionale dell’art. 30 della legge n. 87 del 1953, nella parte in cui non prevede la possibilità che sia derogato il principio di non applicazione, qui disposto, delle disposizioni dichiarate incostituzionali<sup>19</sup>. La Corte, invece, decidendo nel merito della questione, avrebbe «piegato» le proprie regole a esigenze contingenti (nel caso di specie, l’incidenza sull’equilibrio di bilancio dello Stato), pur avendo a disposizione idonei strumenti processuali.

*Reviviscenza in caso di dichiarazione d’incostituzionalità di una norma meramente abrogatrice?* Alla luce della ritenuta automaticità degli effetti discendenti dalle decisioni di accoglimento potrebbe essere risolta la questione relativa alla dichiarazione d’incostituzionalità di una legge meramente abrogatrice. Può, infatti, sostenersi che la dichiarazione d’incostituzionalità delle leggi (o, almeno, di alcuni tipi di leggi) determini la nuova vigenza (o reviviscenza) delle leggi anteriori abrogate da quelle dichiarate incostituzionali, ma anche questo effetto sarebbe indipendente dalla volontà della Corte, spettando al singolo giudice, nella ricerca della norma adeguata al caso concreto, valutare la possibilità del ritorno in vita della disposizione abrogata dalla norma dichiarata incostituzionale, in considerazione dei principi che vigono nei diversi campi del diritto (con soluzioni quindi diverse a seconda che si sia in campo penale, civile, amministrativo). Si consideri, per esempio, il caso di accoglimento di una questione che abbia a oggetto una norma abrogatrice, quando il vizio di incostituzionalità stia per l’appunto nell’abrogazione stessa di norma che non possa essere abrogata senza ledere principi costituzionali, oppure quando la norma dichiarata incostituzionale ha, come suo «unico scopo», la sostituzione di una norma (o di parti di norma) precedentemente esistente (sent. n. 58 del 2006). L’esclusione, in tale ipotesi, della reviviscenza della norma precedentemente abrogata renderebbe la decisione della Corte *inutiliter data*.

*b) Gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.* La norma di legge (o di atto equiparato) dichiarata incostituzionale «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (art. 136, primo comma, Cost.).

*Quale pubblicazione?* L’individuazione di questo momento è resa incerta dal fatto che le pronunce d’incostituzionalità sono soggette a due «pubblicazioni»: a) la pubblicazione mediante il deposito nella cancelleria della Corte, previsto

<sup>19</sup> R. Romboli, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in «Quaderni costituzionali», n. 3 del 2015, pp. 607 ss.

dall'art. 29 della legge n. 87 del 1953 per tutte le decisioni, deposito da cui nasce il diritto per chiunque di ottenere copia dell'atto e di prenderne visione; *b*) la pubblicazione nelle medesime forme previste per la pubblicazione dell'atto dichiarato costituzionalmente illegittimo: in pratica, la pubblicazione sulla «Gazzetta ufficiale» o sul «Bollettino regionale», disposta dal ministro della Giustizia o dal presidente della Giunta regionale, immediatamente o comunque non oltre il decimo giorno dal deposito in cancelleria (art. 30, primo comma, della l. n. 87, integrato dall'art. 21 d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092).

Il problema è da risolversi considerando che ciò che rileva ai fini dell'art. 136 della Costituzione (cioè, ai fini della vicenda della successione di norme) è la pubblicazione sulla «Gazzetta ufficiale» o sul «Bollettino»: dal giorno successivo a questa pubblicazione (art. 30, terzo comma, della l. n. 87) è *fatto divieto* di considerare efficace la legge, così come, parallelamente, dalla pubblicazione della legge dipende l'obbligo di prestare a essa obbedienza. Si tratta di un divieto *erga omnes* che non ammette ignoranza, basata sulla presunzione di conoscenza che da questa pubblicazione discende.

Deve tuttavia precisarsi che già prima di questa pubblicazione – e, quindi, nel lasso di tempo intercorrente tra le due pubblicazioni, come questione non di successione di norme, ma di prevalenza della Costituzione sulla legge incostituzionale – le decisioni di accoglimento determinano effetti nei confronti di alcuni soggetti: *a*) i soggetti (singoli privati, giudici e pubblica amministrazione) che siano venuti a conoscenza della decisione: per il solo fatto di essersi resi parti diligenti per conoscere e far conoscere la decisione della Corte, sono tenuti a considerare la legge dichiarata incostituzionale non più efficace; la legge non potrà più essere applicata, a pena di incorrere nella responsabilità di aver dato applicazione a una legge ormai non più in vigore; *b*) il giudice *a quo*, per il quale, essendogli trasmessa la decisione entro due giorni dal deposito in cancelleria (art. 29 della l. n. 87), i relativi effetti si determinano obbligatoriamente da tale momento, che potrebbe eventualmente essere anteriore a quello della pubblicazione sulla «Gazzetta» e sul «Bollettino»<sup>20</sup>.

*La «cessazione di efficacia» e la «non-applicazione» della legge dichiarata incostituzionale.* Nessun evento successivo alla pubblicazione è idoneo a conferire nuovamente efficacia alla legge dichiarata incostituzionale. Così dispone l'art. 136, primo comma, della Costituzione, prevedendo un effetto di tipo generale valido per il futuro. Questo effetto rende assimilabile la «cessazione di efficacia» di cui parla tale disposizione a un'*irrimediabile abrogazione*. Tra l'una e l'altra vi sono certo essenziali differenze rispetto alla causa che le determina (il vizio di incostituzionalità, nel primo caso; l'inopportunità legislativa, nel secondo); ma qui si parla (solo) dei caratteri delle due eliminazioni e dei loro aspetti comuni.

La cessazione di efficacia della legge incostituzionale significa che gli effetti eliminativi valgono *pro futuro*: la dichiarazione d'incostituzionalità, alla stregua dell'art. 136, dovrebbe influire esclusivamente sulle situazioni e sui rapporti venuti in essere dopo la pubblicazione della decisione, non su quelli sorti anteriormente. Questo è stato certamente e inequivocabilmente l'intento del costituente: la disciplina costituzionale degli effetti delle decisioni d'incostituzionalità, quando l'art. 136 è stato

<sup>20</sup> A. Pace, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza d'incostituzionalità*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1997, pp. 444 ss.

approvato, prescindeva dal sistema di instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi o, meglio, appariva coerente con un meccanismo astratto, svincolato dalle necessità applicative della legge come regola di decisione nei giudizi<sup>21</sup>.

Tale coerenza tuttavia è venuta meno con la previsione, nell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948, del meccanismo incidentale d'instaurazione del giudizio di costituzionalità. Nel giudizio *a quo* si controverte di situazioni e rapporti anteriori all'insorgere della questione di costituzionalità e, a maggior ragione, anteriori alla decisione della Corte su di essa. Se la dichiarazione di illegittimità costituzionale non potesse influire sulla disciplina dei rapporti discussi nel processo, certamente nessuno, né il giudice né le parti, avrebbe interesse a promuovere la questione di costituzionalità, né questa potrebbe mai apparire «rilevante» poiché, in ogni caso, il giudizio sarebbe da risolvere sulla sola base della legge vigente al momento in cui i fatti *sub iudice* sono venuti a esistere. Risulterebbe, dunque, contraddittorio che la legge, pur dichiarata incostituzionale, potesse continuare ad applicarsi nei processi in genere e in quello *a quo* in specie, controvertendosi su situazioni realizzatesi prima della cessazione di efficacia della legge incostituzionale.

In breve: la previsione del meccanismo incidentale ha reso insostenibile il sistema delineato dall'art. 136 della Costituzione<sup>22</sup>.

Di tale incongruenza ha tenuto conto l'art. 30, cpv., della legge n. 87 del 1953, il quale stabilisce che, dal giorno successivo alla pubblicazione, la legge dichiarata incostituzionale *non può più avere applicazione*. Le due formule (*cessazione di efficacia* e *non-applicazione* della legge dichiarata incostituzionale) non sono equivalenti; anzi, sono espressione di due intendimenti diversi: con l'art. 136 il Costituente mirava a limitare gli effetti della riconosciuta incostituzionalità alle sole situazioni venute in essere dopo la relativa dichiarazione; con l'art. 30 il legislatore ha mirato a evitare, per quanto possibile, l'applicazione delle leggi, una volta riconosciute incostituzionali<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Per esempio Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., pp. 72 ss.; Id., *La Corte costituzionale e il processo civile*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Enrico Redenti*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1951, vol. I, p. 203; G. Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in «Jus», 1951, p. 359.

<sup>22</sup> In argomento, E. Garbagnati, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. IV: *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, Cedam, 1950, p. 195; Id., *Efficacia nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. IV: *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 413 s.; C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, ora in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 269 ss.; F. Carnelutti, *Una pezza all'art. 136 Cost.?*, in «Rivista di diritto procedurale», 1958, pp. 239 ss.; M. Cappelletti, *Spunti per una discussione sui problemi attuali della giustizia costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1967, p. 586.

<sup>23</sup> Per il valore di semplice chiarificazione dell'art. 30 rispetto all'art. 136, V. Onida, *Illegittimità costituzionale delle leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1965, p. 518; Sandulli, *Natura, funzione ed effetti*, cit., pp. 41 s.; N. Lipari, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in «Giustizia civile», I, 1963, p. 2229; L. Elia, *Sentenze «interpretative» di*

Ma, pur non equivalenti, le due norme non sono in contraddizione. Il loro è un rapporto d'integrazione. L'art. 136 – con l'espressione *cessazione d'efficacia* – disciplina gli effetti futuri e astratti della decisione d'incostituzionalità, circa la vigenza della legge in generale; l'art. 30 – con l'espressione *disapplicazione* – disciplina gli effetti sui rapporti passati e concreti, nei giudizi particolari che li riguardano<sup>24</sup>.

L'effetto della decisione della Corte costituzionale è, dunque, per il futuro, un effetto sostanziale analogo all'abrogazione; per il passato, un effetto processuale il quale, però, si riflette naturalmente sul piano dei rapporti sostanziali in corso. Questo «riflesso» apre la via alla cosiddetta retroattività degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità.

c) *Gli effetti retroattivi delle decisioni d'incostituzionalità*. La disapplicazione nei giudizi comuni della legge dichiarata incostituzionale, attenendo a situazioni anteriori alla decisione della Corte, consente di configurare una forma di retroattività degli effetti delle pronunce d'incostituzionalità: retroattività che è il riflesso indiretto di situazioni processuali nelle quali ai giudici è fatto divieto di dare applicazione a leggi incostituzionali rispetto a situazioni sostanziali preesistenti. In questo divieto consiste dunque la «retroattività»: non nell'emanazione di una regola nuova riferita a rapporti anteriori ma, per così dire, in un'«interferenza processuale» conseguente alle nuove norme utilizzabili dai giudici per definire i vecchi giudizi. Non si ha insomma una qualificazione legislativa, ora per allora, di situazioni e rapporti anteriori disciplinati da una diversa norma sostanziale. Le conseguenze «retroattive» sono solo indirette. Parlando di retroattività, occorre chiarire che si tratta dunque di un caso particolare, in cui non si ha alcuna successione di norme: si ha la conseguenza nel processo dell'accertata invalidità della norma in base alla quale esso, altrimenti (in mancanza della dichiarazione relativa), sarebbe stato definito.

Tali effetti «retroattivi» dipendono, dunque, dalla possibilità di promuovere un giudizio nel quale, discutendosi di situazioni e rapporti anteriori alla pronuncia della Corte, il giudice decida disapplicando la legge incostituzionale. Si usa dire che la decisione d'incostituzionalità esplica effetti retroattivi rispetto a situazioni e rapporti *pendenti*, cioè suscettibili di fornire materia per un giudizio<sup>25</sup>.

*Modulazione degli effetti retroattivi e concretezza della questione*. La retroattività degli effetti derivanti da una dichiarazione di illegittimità costituzionale trova, dunque, fondamento nella *concretezza* della questione

*norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, p. 1716; Garbagnati, *Efficacia nel tempo*, cit., p. 415. Questa opinione, che stabilisce una linea di continuità tra la prima e la seconda disposizione, è stata fatta propria anche dalla Corte costituzionale (sent. nn. 127 del 1966 e 49 del 1970).

<sup>24</sup> Si tratta dello schema a suo tempo già delineato da Guarino, *Abrogazione e disapplicazione*, cit., pp. 356 ss. (al riguardo, Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., pp. 969 ss.).

<sup>25</sup> Al riguardo G. Ballardore Pallieri, *Effetti e natura delle sentenze della Corte costituzionale*, in «Rivista di diritto processuale», 1965, pp. 167 ss.; Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., pp. 968 ss.; Sandulli, *Natura, funzione ed effetti*, cit., pp. 41 ss.

sollevata, ossia nel suo legame con un caso (o una controversia giudiziaria), rispetto al quale ha la propria specifica utilità (la garanzia di posizioni giuridiche soggettive, dibattute in giudizio: *supra*, pp. 111 ss.). Con la sentenza n. 10 del 2015, poco sopra già citata, la Corte costituzionale ha introdotto una nuova concezione di concretezza, allentando questo legame. Nel caso che ha dato adito alla decisione si trattava di ciò: una disposizione legislativa imponeva la maggiorazione di un'aliquota tributaria per le imprese operanti nel settore petrolifero ed energetico. La Corte ha accertato l'incostituzionalità di tale disposizione «sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, per incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, perseguito». L'ordinario effetto retroattivo, però, avrebbe comportato, come conseguenza, un minore gettito tributario, da un lato; e avrebbe aperto un contenzioso di difficile gestione per la ripetizione dell'indebitato, tra i consumatori e le imprese che avessero trasferito sui primi il peso dell'aumento della pressione fiscale, ora dichiarato illegittimo, dall'altro. Evocando esigenze di bilanciamento tra principi costituzionali (ma, in realtà, si trattava di un mero compromesso tra aspettative divergenti), la Corte ha stabilito che la maggiorazione è incostituzionale, ma che gli effetti della dichiarazione si producono dal momento della pubblicazione della sentenza, trasformando l'annullamento della legge in mera abrogazione. Così, le somme incamerate dall'erario non vengono toccate, evitando di determinare squilibri nei conti dello Stato. Per conseguenza, la legge, pur riconosciuta e dichiarata incostituzionale, permane a regolare i rapporti nel frattempo venuti in essere, tra le imprese e l'erario stesso e tra i consumatori e le imprese.

Al di là delle affermazioni della Corte, i dubbi sulla compatibilità tra il differimento degli effetti dell'incostituzionalità e il sistema incidentale d'instaurazione del giudizio di costituzionalità sono evidenti: la Corte ha palesemente «instaurato» un nuovo modello di questione di costituzionalità, ha configurato il giudizio *a quo* come mera occasione del controllo di costituzionalità e ha trasformato la rilevanza-incidentalità da requisito necessario a carattere normale ma non necessario. Ha così rivitalizzato vecchie concezioni ch'essa stessa, in passato, aveva seccamente respinto, dimostrando come alcune regole possono essere adattate laddove si intenda rispondere «proceduralmente» (e non «processualmente»: *supra*, pp. 83 ss.) a esigenze di politica costituzionale che si sovrappongono alle regole del giudizio di legittimità costituzionale.

Una considerazione «di sistema» deve però essere fatta. Non si tratta qui di valutare le buone o le cattive «ragioni sociali» della limitazione al futuro della portata dell'incostituzionalità (la Corte mostra, infatti, di preoccuparsi delle «fasce più deboli» della popolazione, nella prospettiva di uno spostamento – che viene dato per certo, seppure sia solo un'eventualità – su di loro delle conseguenze necessarie al riequilibrio del bilancio, tramite l'aumento della pressione fiscale). Ciò che si deve evidenziare è che, almeno al momento, la limitazione al futuro degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale si è avuta con riferimento a esigenze dettate dal principio dell'equilibrio di bilancio, secondo la nuova formulazione dell'art. 81 Cost., il quale sembra assurgere a supernorma, capace

di modellare le relazioni giuridiche e le procedure costituzionali. Considerazione che sembra trovare conferma nel fatto che una seconda decisione in cui la Corte circoscrive gli effetti della sua pronuncia attiene, di nuovo, ancorché questa volta nel corso di un giudizio promosso in via diretta, a disposizioni censurate con riguardo agli effetti complessivi prodotti dalle stesse sulla finanza regionale (sent. n. 188 del 2016). Il superamento del principio di retroattività delle sentenze d'incostituzionalità ha, per ora, una *ratio* specifica. Ma, quante altre volte e in quali altri casi la Corte si riterrà libera di allargarne la portata ad altre situazioni?

*Limiti alla retroattività degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità.* Se i rapporti non sono «pendenti», ma sono definitivamente chiusi sul piano giuridico, cioè sono «esauriti», l'accertata incostituzionalità della legge non produce «effetti retroattivi». Quali siano i «rapporti esauriti» (e, dunque, quale sia la portata retroattiva delle decisioni d'incostituzionalità) è questione da risolvere non alla stregua del diritto che regola il processo costituzionale, ma alla stregua della legislazione che, nei diversi settori dell'ordinamento giuridico, regola poteri e rapporti giuridici che possono venire a esistenza, determinandone la «fissazione», il «consolidamento» o, come più spesso si dice, l'«esaurimento».

Le cause di «esaurimento» di situazioni giuridiche più frequentemente richiamate<sup>26</sup> sono le seguenti:

*a)* il passaggio «in giudicato» della sentenza, che la radica o «fissa» definitivamente nell'ordinamento, impedendo l'instaurazione di nuovi giudizi sulla medesima situazione o sul medesimo rapporto giuridico;

*b)* il decorso del tempo, quando l'ordinamento gli attribuisca l'effetto di «blocco» irrimediabile di una situazione giuridica. Ciò avviene:

*b1)* nei rapporti di diritto privato, con la *prescrizione del diritto* che lo rende non più esigibile (diritto di credito) o esercitabile (diritto reale);

*b2)* nei rapporti di diritto pubblico, con la *decadenza* dall'esercizio di un potere di ricorso contro atti della pubblica amministrazione, che rende l'interesse del singolo non più azionabile e l'atto inoppugnabile;

*b3)* nei rapporti di diritto processuale, con la *decadenza* dal diritto d'azione e con la *preclusione*, che rende il vizio di un atto del processo non più rilevabile.

I riferimenti che precedono hanno valore solo esemplificativo. In genere, sono limiti alla retroattività tutti i divieti che – nell'intento di consolidare situazioni giuridiche e, quindi garantirne, la certezza – l'ordinamento dispone circa la contestabilità di determinate situazioni giuridiche. Ne è un esempio, alquanto eccentrico, il limite alla retroattività affermato con riferimento alle leggi elettorali: nella prima sentenza che ha ammesso la sindacabilità di tale tipologia di leggi (sent. n. 1 del 2014: *supra*, pp. 136 ss.), la Corte ha affermato che in virtù del principio di continuità dello Stato (principio che «si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali: di tutti gli organi costituzio-

<sup>26</sup> G. Lombardi, *Sentenza e ordinanza della Corte costituzionale*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVI, Torino, Utet, 1969, pp. 1175 ss.



nali, a cominciare dal Parlamento»), la decisione di annullamento delle norme censurate «produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale» e le elezioni che pur si sono svolte in applicazione di norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime «costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti». Così facendo e ignorando l'ovvia distinzione tra fatto concluso verso il passato e permanenza degli effetti tutt'altro che conclusi verso il futuro, le Camere, ancorché elette sulla base di una legge elettorale la cui incostituzionalità è accertata, sono state salvate in una composizione incostituzionale.

In tutti i casi di situazioni giuridiche «esaurite», la possibilità di instaurare una controversia davanti al giudice, al fine di ottenere una pronuncia che tragga le conseguenze di una sentenza d'incostituzionalità nel frattempo intervenuta, è esclusa. In ciò si manifesta il limite alla *retroattività degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità* delle leggi: un «limite intrinseco» ai caratteri della disciplina sostanziale e processuale dei diversi campi del diritto, un limite che vale sempre che non si controverta però proprio sulla legittimità costituzionale del giudicato, della prescrizione, della decadenza o della preclusione, quando cioè la questione di costituzionalità consista nella stessa definizione dei rapporti esauriti.

È superfluo sottolineare che le categorie giuridiche sopra richiamate non sono sempre chiaramente e pacificamente delineate, cosicché le divergenze circa la loro portata si riverberano sugli effetti nel tempo delle decisioni d'incostituzionalità. Un esempio di quanto detto si può trarre dalla famosa vicenda che vide la Corte di cassazione<sup>27</sup> e la Corte costituzionale (sent. nn. 52 del 1965; 127 del 1966; 49 del 1970) in contrasto (sull'esito del quale, *infra*, pp. 222). Si trattò certamente di una manifestazione dell'atteggiamento di «resistenza-ribellione»<sup>28</sup> dei giudici all'immediata applicabilità delle disposizioni costituzionali e all'obbligatorietà delle decisioni costituzionali diverse da quelle di semplice accoglimento. Ciò che qui interessa è che la Corte di cassazione sosteneva, con riferimento al principio *tempus regit actum*, la validità di atti processuali conformi alla legge vigente nel tempo del loro compimento, anche nel caso in cui tale legge fosse stata poi dichiarata incostituzionale, pur quando il giudizio comune era ancora in corso e, quindi, quando i loro vizi, teoricamente, si sarebbero ancora potuti rilevare. Il principio anzidetto, secondo il quale la validità d'un atto dipende dall'osservanza della legge vigente nel tempo in cui esso è stato compiuto, principio proprio del diritto processuale, secondo la Corte di cassazione, è causa di preclusione e, da tale preclusione, sono discesi effetti limitativi della «retroattività» della pronuncia d'incostituzionalità<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Cass. S.U. pen., 11 dicembre 1965 (in «Rivista di diritto processuale», 1966, p. 118) e 24 gennaio 1966 (in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, p. 531), peraltro contraddette dalla stessa Corte di cassazione S.U. civ., 22 giugno 1963, n. 1707 (in «Giustizia civile», I, 1963, p. 2218) e Id., sez. I, 13 dicembre 1982, n. 6820 (in «Foro italiano», 1983, I, c. 1294).

<sup>28</sup> Elia, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., p. 1717.

<sup>29</sup> Sulla vicenda Id., *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1970, pp. 946 ss., e Id., *Quattro note sulla Corte costituzionale*, in «Politica del diritto», 3, 1971, pp. 277 ss.

*Un problema di diritto legislativo.* Ciò che deve comunque sottolinearsi ancora una volta è che la definizione dell'ambito dei rapporti esauriti, e quindi della portata retroattiva delle decisioni di annullamento della Corte, *non è questione di diritto costituzionale processuale*, ma di diritto civile, penale, amministrativo, tributario ecc.<sup>30</sup> La sua risoluzione dipende dai limiti – mobili in una certa misura, nel rispetto cioè degli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, cioè della razionalità e della ragionevolezza, in rapporto al diritto d'azione e di difesa in giudizio – che la legislazione prevede circa la possibilità di discussione e ridiscussione, di definizione e ridefinizione giudiziale di rapporti giuridici (sent. nn. 16 del 1960; 49 del 1970; 16 del 1960; 164 del 1974; 6 del 1978; 74 del 1980). Perciò, mentre gli effetti per il futuro e quelli «retroattivi» riguardanti il processo *a quo* hanno un fondamento costituzionale negli artt. 136 della Costituzione e 1 della legge cost. n. 1 del 1948, gli effetti «retroattivi» ulteriori dipendono dalle norme legislative che configurano l'«esaurimento» delle situazioni giuridiche e, salvo il principio di razionalità e ragionevolezza (sent. nn. 139 del 1984<sup>31</sup> e 73 del 1963), non hanno garanzia costituzionale, rappresentando, per così dire, un sovrappiù rispetto a quanto discende come conseguenza necessaria dal sistema instaurativo adottato.

*La retroattività in materia penale.* Sulla base delle considerazioni che precedono, si comprende come l'art. 30, u.c., della legge n. 87 (una disposizione di legge ordinaria, dunque) abbia potuto estendere l'incidenza «retroattiva» delle decisioni d'incostituzionalità nella materia penale, perfino al di là del «giudicato». Le sentenze di condanna, ancorché «passate in giudicato», cessano di avere esecuzione e di produrre effetto quando la legge in forza della quale sono state pronunciate sia stata dichiarata incostituzionale. Il massimo d'effetto retroattivo si spiega qui in considerazione della materia e della gravità delle sanzioni relative (sent. nn. 127 del 1966 e 49 del 1970; e da ultimo, sent. n. 43 del 2017).

## **6. L'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità**

Qual è l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità a opera della Corte?

*Si può parlare di legge incostituzionale, prima che l'incostituzionalità sia dichiarata dalla Corte costituzionale?* La domanda può porsi solo a una condizione: che sia giuridicamente (non, quindi, genericamente, politicamente, in ogni caso atecnicamente) lecito parlare d'incostituzionalità della legge, per l'appunto, prima della e indipendentemente dalla pronuncia

<sup>30</sup> M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993.

<sup>31</sup> Su cui L. Carlassare, *Nota a Corte cost., 139/1984*, in «Le nuove leggi civili commentate», 1984, p. 1087.

della Corte costituzionale. Si è sostenuto<sup>32</sup> che, data la struttura accentrata del controllo di costituzionalità in Italia, di legge incostituzionale possa parlarsi propriamente, in senso giuridico, solo *ex post*, dopo l'esito nel senso dell'incostituzionalità del giudizio di fronte alla Corte costituzionale. Prima di tale momento, si dovrebbe ritenere addirittura l'impossibilità di dire incostituzionale una qualunque legge, potendosi ammettere solo quell'apprezzamento che compie il giudice, quando solleva la questione di costituzionalità, qualificandola «non manifestamente infondata». Perciò non si potrebbe affermare che la legge è incostituzionale, ma soltanto che è possibile (anzi, doveroso) aprire un procedimento di fronte alla Corte costituzionale circa la costituzionalità della legge, affinché in quella sede – l'unica autorizzata – il vizio d'incostituzionalità possa essere rilevato e dichiarato con effetti giuridici<sup>33</sup>.

Un'impostazione di questo genere – che porterebbe ad affermare la piena efficacia obbligatoria di ogni legge, anche di quella più palesemente incostituzionale (ma irrinconoscibile giuridicamente come tale), prima della pronuncia della Corte – presuppone una concezione particolare della posizione della Costituzione nel sistema giuridico, come norma che esplica i suoi effetti soltanto nel circuito parti del giudizio-autorità giudiziaria-Corte costituzionale, postulando l'indifferenza di ogni altro soggetto rispetto alla legge incostituzionale. Così, non valendo fuori di questo circuito, la Costituzione verrebbe a essere congelata ai margini della dinamica complessiva dell'ordinamento.

L'orientamento prevalente è però nel senso opposto: la Costituzione è norma pervasiva che coinvolge tutti i soggetti dell'ordinamento, a iniziare dai singoli cittadini. Testualmente, l'art. 54 della Costituzione impone loro di osservare «la Costituzione e le leggi». Sarà pur vero che si tratta di una norma generica<sup>34</sup>, quasi una sintesi che non fa che rinviare ad altre norme. Ma è precisa su un determinato punto, che qui interessa particolarmente: essa dice che la «fedeltà alla Repubblica»<sup>35</sup>, in relazione alla quale è posto l'obbligo di osservanza della Costituzione e delle leggi, rende insostenibile la «tesi dell'indifferenza». Sulla base di questa premessa e dell'*ethos* costituzionale corrispondente, la questione proposta all'inizio, circa l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità non solo può, ma deve essere posta.

*Obbligatorietà della legge incostituzionale?* La risposta non deriva da astratti principi e ragionamenti, del tipo: poiché esiste il duplice dovere di

<sup>32</sup> F. Modugno, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere» esecutivo*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1963, p. 1728; Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 551, per il quale la distinzione tra legge valida e legge invalida si può avere solo al momento della dichiarazione d'invalidità, motivo per cui l'incostituzionalità della legge ne determinerebbe l'annullabilità (e non la nullità).

<sup>33</sup> Così, quasi testualmente, Modugno, *Esistenza della legge incostituzionale*, cit., p. 1732, n. 3, nonché, dello stesso autore, *L'invalidità della legge*, cit., vol. I, pp. 10 ss.

<sup>34</sup> V. Onida e M. Pedrazza Gorlero, *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 138.

<sup>35</sup> G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967.

osservanza della Costituzione e delle leggi, nel caso di conflitto tra l'una e l'altra, non potendosi «osservare» e l'una e l'altra e dovendosi scegliere, dovrà darsi la preferenza alla Costituzione, considerando la legge come nulla. Questo sarebbe un modo d'argomentare del tipo di quello adottato nella sentenza *Marbury v. Madison* (vol. I, pp. 23 ss.). Ma, da noi il rapporto legge-Constituzione è l'oggetto di una particolare e, per così dire, artificiale, disciplina giuridica. In questa, occorre cercare la risposta alla domanda circa l'efficacia della legge incostituzionale. In astratto, si può rispondere così:

a) la legge incostituzionale è obbligatoria fino al momento della dichiarazione d'incostituzionalità, cioè – per usare categorie generali – è annullabile;

b) la legge incostituzionale non è obbligatoria, cioè è nulla. Questa risposta deve poi essere specificata, precisando se essa *deve* o *può essere* disobbedita<sup>36</sup>.

L'art. 136 della Costituzione, là dove parla di «cessazione di efficacia» della legge da un momento successivo alla dichiarazione d'incostituzionalità, potrebbe essere utilizzato per sostenere che, prima di tale momento, la legge è pienamente efficace e, dunque, obbligatoria<sup>37</sup>. Ma l'argomentazione, meramente testuale, sarebbe parziale perché, come ampiamente e a più di un proposito si è già detto, la disciplina degli effetti delle sentenze d'incostituzionalità, quale prevista dall'art. 136, è stata integrata, se non modificata, dal meccanismo d'instaurazione incidentale introdotto dall'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dal connesso sistema della non-applicazione stabilito dall'art. 30 della legge n. 87 del 1953. Il richiamo al solo art. 136 è pertanto insufficiente a risolvere il problema. Occorre tenere conto degli aspetti complessivi del nostro sindacato sulla costituzionalità delle leggi. Per come esso è congegnato, le leggi incostituzionali, prima della loro dichiarazione d'incostituzionalità, risultano essere prive di efficacia obbligatoria, nei confronti di tutti i soggetti cui esse si rivolgono (salva la particolarissima posizione in cui si trovano i giudici). Il trapasso dal sistema dell'art. 136 Cost. a quello degli artt. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e 30 della legge n. 87 del 1953 ha comportato un rovesciamento totale di prospettiva: dal principio della legge obbligatoriamente efficace per il sol fatto di essere legge (principio che mostra il suo fondamento storico

<sup>36</sup> Un quadro analitico delle posizioni sostenute dai commentatori in A. Masaracchia, *Non obbligatorietà della legge incostituzionale e connessi profili di responsabilità*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, 3 voll., Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, vol. II, pp. 743 ss.

<sup>37</sup> Così C. Esposito, *Efficacia delle regole della nuova costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana*, cit., p. 288; Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., p. 971. In argomento, M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, p. 75. Si può altresì rammentare che alla stessa soluzione giungeva H. Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità, 1963, p. 160) in relazione a un sistema di giustizia costituzionale orientato all'efficacia *solo pro futuro* delle dichiarazioni d'incostituzionalità: «Fin tanto che una legge non è stata abrogata (dal giudice costituzionale) essa è “costituzionale” e non “incostituzionale” [...] È quindi volontà della Costituzione che questa legge sia ancora valida. Ma la Costituzione intende che la legge sia valida soltanto finché non sia stata annullata dall'organo competente. La c.d. legge incostituzionale non è nulla *ab initio*, ma solo annullabile».

nello stato «di diritto legislativo» del secolo scorso), al principio dell'efficacia obbligatoria limitatamente al caso della legge costituzionalmente legittima; dal principio della cieca obbedienza agli atti legislativi dell'autorità, al principio della sindacabilità diffusa da parte di tutti i soggetti dell'ordinamento. Una vera e propria rivoluzione. Se si procede, invece, da una certa definizione del vizio di incostituzionalità della legge, del rapporto tra la legge e la Costituzione come fonti o del ruolo della Corte costituzionale in generale, per poi dedurne conseguenze sull'argomento in esame<sup>38</sup>, si cade nell'errore di apriorismo, che può condurre a conclusioni in contrasto con la fisionomia del sistema di controllo di costituzionalità della legge, qual esso effettivamente è. Occorre perciò rovesciare i termini del problema e considerare analiticamente ciò che si pretende dai, o si consente ai, diversi soggetti che operano nell'ordinamento, posti di fronte alla legge incostituzionale.

I giudici si trovano nella condizione di non poter né applicare, né disapplicare la legge su cui essi, dopo averne tentato l'interpretazione adeguatrice, nutrono dubbi d'incostituzionalità. A loro si richiede di sospendere il giudizio e di rimettere la questione alla Corte costituzionale, la cui decisione avrà, per conseguenza, l'obbligo di applicazione della legge ritenuta non-incostituzionale (o, nel caso opposto, l'obbligo di disapplicazione). La posizione dei soggetti diversi dai giudici non è oggetto di esplicite previsioni. Ciò che è chiaro, è che non si tratta della medesima posizione in cui si trovano i giudici. Non risolutivo è anche il riferimento all'obbligo di osservanza delle leggi previsto dal già citato art. 54 della Costituzione<sup>39</sup>, poiché ivi è previsto ugualmente l'obbligo d'osservanza della Costituzione, il problema della legge incostituzionale nascendo, per l'appunto, dalla compresenza dei due obblighi e dovendosi definire il rapporto dell'uno rispetto all'altro, quando vi sia contrasto. Si tratta, invece, di determinare le conseguenze sanzionatorie alle quali si espone chi non presti obbedienza alla legge incostituzionale (violandola o non eseguendola). Il problema dell'obbligatorietà della legge incostituzionale si risolve, infatti, in quello delle sanzioni in cui si incorre, in caso di disubbidienza. In linea di principio, tali conseguenze sono assenti. Il giudice, che dovrebbe irrogarle, non può, ma deve rimettere alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità della legge disobbedita. Accolta la quale, cadrà la possibilità di provvedimenti sanzionatori. In assenza dei quali, cadrà anche la possibilità di dire (ora, per allora) che quella legge era obbligatoria.

*Esecutorietà della legge incostituzionale?* Il sistema è dunque congelato in modo tale che nessuna conseguenza debba subire colui che si ribella, con la disobbedienza, alla legge incostituzionale. Nulla che possa

<sup>38</sup> Come accade talora: per esempio Garbagnati, *Efficacia nel tempo*, cit., p. 714, ove la tesi opposta a quella dell'annullabilità, cioè la tesi della nullità, è sostenuta in ragione di un principio logico.

<sup>39</sup> F. Modugno, *Legge in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 877.

paragonarsi all'esecutorietà degli atti amministrativi illegittimi, può dirsi per la legge incostituzionale. Mentre la pubblica amministrazione dispone normalmente essa stessa dei mezzi per far valere direttamente la propria potestà amministrativa, senza dover ottenere un provvedimento esecutivo dal giudice, il legislatore è privo di tali mezzi, e quindi di un'analogia «potestà». L'attuazione delle pretese *legislative* dipende infatti dall'attivazione della funzione giudiziaria. Ma proprio qui si pone l'obbligo dei giudici di non dar seguito alle leggi costituzionalmente dubbie, ciò che impedisce alla legge di raggiungere immediatamente i propri scopi attraverso l'esecuzione obbligatoria.

D'altra parte, è logico che sia così, mentre illogico sarebbe il contrario, cioè che la legge incostituzionale potesse anche dirsi obbligatoria. Infatti, come è stato detto<sup>40</sup>, se fosse così, si dovrebbe concludere che l'ordinamento avrebbe affidato l'attivazione della garanzia costituzionale all'eventualità che la legge – incostituzionale ma obbligatoria – venga «violata». L'accertamento dell'incostituzionalità della legge – la massima garanzia della Costituzione – sarebbe così subordinato ad atti antigiuridici; l'attuazione della garanzia costituzionale dipenderebbe cioè da atti per definizione anomali che, in quanto tali, l'ordinamento mira a impedire che si verificino. Si vorrebbe che la Costituzione sia garantita ma, al tempo stesso, si vuole che la possibilità di garantirla non si verifichi. Assurdo e contraddittorio.

Questa prima conclusione (il carattere non obbligatorio della legge incostituzionale) sembra valere tanto rispetto ai singoli soggetti privati quanto rispetto alla pubblica amministrazione<sup>41</sup>, con questa precisazione, rispetto a quest'ultima, considerata come struttura complessiva. All'interno di essa, ove valga il principio di gerarchia o, comunque, un rapporto di sovra- e sotto-ordinazione, il problema considerato si intreccia con le obbligazioni interne a tale struttura. Tali obbligazioni fanno da schermo, rispetto al faccia-a-faccia con la legge (ritenuta) incostituzionale che si verifica in tutti gli altri casi e che, nelle strutture gerarchiche, concerne i soggetti al vertice. Tuttavia, pur con l'ovvia precisazione che precede, nulla, se non vecchi assiomi circa l'assoggettamento, per così dire, cieco della pubblica amministrazione alla legge – assiomi giustificati in ordinamenti che non conoscevano il principio della supremazia della Costituzione come legge suprema; nulla può portare a operare una differenziazione tra la posizione dei singoli e quella dell'amministrazione pubblica di fronte alla legge incostituzionale. O, meglio: nulla se non un'opinabile preoccupazione in senso lato politica e oltretutto eccessiva (come si dirà tra poco, a proposito del dilemma tra il potere e il dovere di disobbedire la legge incostituzionale), che porta a limitare ingiustificatamente l'efficacia della Costituzione come norma giuridica<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Onida, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti*, cit., p. 527.

<sup>41</sup> È la tesi di Id., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 94 ss.

<sup>42</sup> Preoccupazione esplicitamente riconosciuta da V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, Cedam, 1984, p. 392.

La costruzione teorica cui più spesso ci si aggrappa è quella dell'«esecutorietà» della legge, come concetto distinto dall'obbligatorietà e dalla validità<sup>43</sup>. Pur mancando obbligatorietà e validità, ben potrebbe esistere – si dice – «esecutorietà», come soggezione incondizionata del potere esecutivo alla legge, quale che essa sia (salvi i rimedi giurisdizionali e non, a disposizione dei cittadini – non dell'amministrazione stessa – contro gli atti dell'amministrazione conformi alla legge incostituzionale). Esecutorietà significa così «soggezione in prima e ultima istanza», senza potere di sindacato della legge da parte dell'autorità che deve assicurare tale carattere del rapporto legge-esecuzione della legge. Mentre i privati, contro obblighi imposti dalla legge incostituzionale possono ricorrere al giudice e, dal giudizio, possono giungere alla Corte costituzionale, ciò non vale per l'amministrazione. Dal dovere d'esecuzione della legge incostituzionale, l'autorità amministrativa potrebbe essere sollevata solo da una dichiarazione d'incostituzionalità della legge, ma provocata da iniziative d'altri, lesi nei loro diritti o interessi legittimi da atti dell'amministrazione adottati in esecuzione di tale legge.

Il concetto di esecutorietà ha un'origine antica, derivando dagli artt. 3 e 4 della legge n. 1731 del 1854, riguardante la promulgazione e la pubblicazione delle leggi. Da tali disposizioni si ricava la distinzione tra l'efficacia «formale» della legge o, appunto «esecutorietà», e l'efficacia «materiale» o «obbligatorietà». La legge, appena promulgata dal re, in quanto «esecutoria» (art. 3 della l. cit.), si riteneva dovesse trovare immediata attuazione da parte della pubblica amministrazione, dato lo speciale rapporto di dipendenza che la legava al re; l'obbligatorietà vera e propria, nei confronti dei cittadini, si verificava invece allo scadere normale della *vacatio legis*<sup>44</sup>. Che il concetto abbia una radice storica così legata a presupposti costituzionali individuati – e certo non più riprodotti nella vigente Costituzione – dovrebbe essere un motivo per evitarne l'immediata trasposizione nel vigente ordinamento.

C'è dunque una differenza rilevante nel rapporto singoli-legge incostituzionale e amministrazione-legge incostituzionale. Ma, anche l'amministrazione opera per mezzo di singoli individui, i «funzionari». Quando essi operano in quanto tali, valgono le considerazioni che precedono. Ma, può accadere che essi si pongano fuori del rapporto di servizio. Rifiutino d'essere funzionari della legge incostituzionale. Allora, la loro posizione si allinea a quella del singolo, come si dice di seguito.

*Obbligo o facoltà di disobbedire alla legge incostituzionale.* In linea di principio, in nessuna responsabilità dovrebbe incorrere il singolo che abbia disobbedito a una legge incostituzionale. Qualunque sanzione irrogata, quale che ne sia la natura, è, comunque, sindacabile in giudizio e il giudice, prima di pronunciarsi sulla sanzione, deve proporre alla Corte

<sup>43</sup> Esposito, *Il controllo giurisdizionale*, cit., pp. 270 ss.

<sup>44</sup> G. Zanobini, *La pubblicazione delle leggi nel diritto italiano*, Torino, Utet, 1917, pp. 130 ss.; una ricostruzione storica in I. Soffietti, *Problemi relativi alle fonti del diritto negli Stati sabaudi (sec. XV-XIX)*, Torino, Giappichelli, 1986 pp. 123 s.

la questione di legittimità costituzionale della legge che la prevede e l'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità rende illegittima la sanzione medesima. La legge incostituzionale non è, dunque, obbligatoria. Occorre ora accertare se esistano forme di responsabilità a carico di coloro che, invece, abbiano ottemperato a leggi incostituzionali. In caso affermativo, si dovrà dire che tali leggi *devono* essere disobbedite; nel caso contrario, che esse *possono* esserlo.

Il problema può valutarsi a seconda che si versi in campo penale, civile o amministrativo.

In campo penale, nessuna responsabilità è configurabile. La responsabilità penale vale per dolo o colpa ed è evidente che l'esistenza di una legge, ancorché incostituzionale, esclude in chi l'osserva, sia l'uno che l'altro. Dunque (salva l'ipotesi estrema di cui si dirà), in questo caso, la legge può, ma non deve essere disobbedita. Non diversamente in campo civile, dove la responsabilità per fatto illecito presuppone il dolo o la colpa (art. 2043 cod. civ.). L'osservanza di una disposizione di legge – anche se poi dichiarata incostituzionale –, a parte la questione se l'esistenza di una tale legge escluda di per sé l'«ingiustizia» del danno, è tale da escludere entrambi. Per quanto riguarda la responsabilità per danno non patrimoniale, ritenendosi che essa possa derivare solo dalla commissione di un reato, il tema rifluisce in quello della legge penale incostituzionale. Analoga è, infine, la posizione dei funzionari pubblici la cui responsabilità amministrativa (a parte i casi speciali) è normalmente subordinata a dolo o colpa grave. Dunque, la conclusione comune sembra essere: l'esistenza della legge cui si sia prestata osservanza, anche se (poi accertata essere) incostituzionale, non comporta responsabilità di sorta. Potrebbe anche dirsi così: l'esistenza della legge, ancorché incostituzionale, è causa di esenzione da responsabilità di chi le presta ubbidienza.

Naturalmente, esclusa la responsabilità di chi abbia obbedito a leggi incostituzionali, ciò non significa che restino anche in piedi gli atti giuridici posti in essere sulla base della legge dichiarata incostituzionale, una volta che tale incostituzionalità sia riconosciuta dalla Corte costituzionale. Tali atti, di diritto privato o di diritto pubblico, sono destinati a essere travolti, in conseguenza dell'eliminazione della legge che ne costituiva il fondamento. Nel caso di contratti, per esempio, si tratterà di annullabilità per (sopravvenuto) errore di diritto che può essere conosciuto dal giudice, ove non vi sia stata prescrizione. Nel caso di atti amministrativi, si avrà nullità o annullabilità a seconda della gravità del vizio conseguente all'annullamento della legge incostituzionale (per esempio, inesistenza dell'organo, incompetenza assoluta, vizio di procedimento ecc.) e si potrà procedere, ove non si sia determinata decadenza, nelle diverse forme possibili (annullamento d'ufficio, su ricorso amministrativo o giurisdizionale, disapplicazione da parte del giudice ordinario<sup>45</sup>). In ogni caso, si è fuori del campo della giustizia costituzionale, ogni

<sup>45</sup> Sull'argomento, Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, pp. 391 s. Sul tema, Cons. Stato, ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8, in «Giurisprudenza costituzionale», 1963, pp. 1212 ss. (con nota di A. Cervati, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*), secondo cui, in base all'«autonomia del momento esecutivo», la conseguenza della dichiarazione d'incostituzionalità della legge sarebbe la mera annullabilità. In argomento, F. La Valle, *La rilevanza nel giudizio amministrativo dell'incostituzionalità della legge*, in



conseguenza della dichiarazione d'incostituzionalità della legge dovendo essere tratta alla stregua dei principi vigenti nei diversi settori del diritto.

Risulta così che, mentre nessuna responsabilità sorge (in linea di massima) per il fatto dell'ottemperanza alla legge incostituzionale, tuttavia, gli atti compiuti sulla base di essa sono invalidi, perché privi del loro fondamento normativo e come tali possono essere eliminati (nei limiti in cui possono<sup>46</sup>). Per questo motivo si può dire, se si vuole, che i privati e lo Stato (lo Stato-amministrazione) agiscono sempre sotto l'eventualità che i loro atti possano essere posti nel nulla da una successiva dichiarazione d'incostituzionalità della legge sulla base della quale hanno agito, ciò comportando ulteriori problemi di reintegrazione dei terzi nei loro diritti (problemi anch'essi non di diritto costituzionale). Ma, una responsabilità personale per il fatto dell'ottemperanza alla legge incostituzionale – come si è detto – sembra esclusa per i privati come per i pubblici funzionari. Su questo punto, però, si deve la precisazione che segue.

*Dovere di disobbedienza.* La responsabilità in questo genere di occorrenze giuridiche è da escludere essenzialmente per motivi attinenti all'elemento soggettivo: la rappresentazione della vigenza della norma e la conseguente carenza di dolo e colpa. Ma si può escludere che in caso di palese, manifesta, incontrovertibile, da chiunque riconoscibile e in concreto riconosciuta incostituzionalità vi possa anche essere responsabilità personale? Nei casi più gravi, di inesistenza della legge e di puntuale e diretto contrasto di contenuti, sembra di no. Il che, caso per caso, deve essere provato nella rappresentazione che i singoli soggetti se ne devono essere data. La disobbedienza alla legge incostituzionale sarebbe in questi casi-limite, più che consentita, doverosa, come portato del dovere di fedeltà alla Repubblica e alla sua Costituzione.

«Giurisprudenza italiana», III, 1964, p. 67; Id., *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1963, pp. 875 ss.; N. Lipari, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, in «Giustizia civile», I, 1963, pp. 2222 ss.; C. Esposito, *«Inesistenza» o «illegittima esistenza» di uffici e atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzative?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1960, p. 330; A. Romano, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo*, in «Foro amministrativo», II, 1964, pp. 135 ss.

<sup>46</sup> Per questa via, fa notare L. Paladin, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione delle leggi incostituzionali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1960, p. 1032, potrebbe aprirsi un problema di responsabilità dello Stato (ferma l'irresponsabilità dei funzionari), se questa si ritiene possa sorgere per la sola obiettiva illegalità dell'atto, produttiva di pregiudizio nella sfera giuridica di terzi soggetti (così C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana*, cit., p. 129). Questo potrebbe essere un mezzo – indiretto – di responsabilizzazione dello stesso legislatore incostituzionale, per i danni determinati all'erario. È da notare tuttavia che il principio presupposto (la più ampia responsabilità a carico dello Stato rispetto a quella gravante sul funzionario) è controverso: si veda P. Cavaleri, *Spunti costituzionalistici in tema di responsabilità civile dello Stato per l'attività dei magistrati*, in «Giurisprudenza italiana», I, 1977, n. 1, cc. 1590 ss.; L. Montesano, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in «Foro italiano», IV, 1952, pp. 158 ss.

*Conclusioni.* Le conclusioni delle proposizioni che precedono possono essere così riassunte:

- a) la legge incostituzionale non è, per i singoli, obbligatoria;
- b) tuttavia, non è neppure obbligatoria la disobbedienza a essa, tale disobbedienza essendo solo consentita o ammessa;
- c) la disobbedienza è, invece, giuridicamente doverosa nei casi in cui i singoli si rappresentino con piena consapevolezza l'indiscutibile incostituzionalità della legge.

Non si può dire che la giurisprudenza costituzionale abbia finora preso al riguardo posizioni particolarmente sensibili alla complessità dei problemi. Tuttavia, la Corte (sent. n. 86 del 1982) sembra avere riconosciuto, come principio, la disapplicabilità della legge incostituzionale, anche prima della relativa dichiarazione, a opera di un organo come il Consiglio superiore della magistratura: «Il CSM ha giustamente inteso superare [...] il combinato disposto [...]; giustamente, poiché da quel disposto deriva una lesione del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione della giustizia, considerato con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 105 Cost. Ma, precisamente in tal senso, a questo punto si richiede che la Corte dichiari l'illegittimità costituzionale del disposto stesso, eliminando così la normativa che si frappone all'adozione di corretti criteri selettivi da parte del consiglio»: dunque, la legge incostituzionale è «superabile», prima e in attesa della decisione della Corte.

In generale, la disapplicazione della legge incostituzionale è regola che non può non essere seguita, quando si tratta di leggi limitative od ostative all'esercizio del diritto d'azione in giudizio (termini per ricorsi, cause di prescrizione e decadenza ecc.). È chiaro che, in tutti questi casi, l'applicazione di tali leggi renderebbe impossibile la valida instaurazione di procedimenti giudiziari e, quindi, la possibilità di addivenire al giudizio costituzionale.

*A rischio e pericolo.* Il sistema delineato dalle tre proposizioni che precedono appare sufficientemente elastico per fronteggiare le difficoltà derivanti dall'ovvia osservazione che ogni lettore, leggendo le considerazioni che si sono fin qui svolte, si sarà formulato da sé: l'incostituzionalità della legge, prima che sia pronunciata dalla Corte costituzionale, è un'opinione o una speranza, comunque non una certezza. Può così avvenire che, violata la legge, magari per provocare quella che si chiama la *fictio litis* e, attraverso di essa, portare la questione di legittimità costituzionale alla Corte, il giudice ritenga manifestamente infondata tale questione, oppure che la Corte, investita della questione, la respinga. Il singolo che ha disobbedito alla legge (a suo parere) incostituzionale se la vedrebbe dunque applicata, con le conseguenze sanzionatorie che ne possono derivare, data la normale irrilevanza dell'errore di diritto.

Questo genere di considerazioni è spesso utilizzato per dimostrare l'incongruenza della tesi che nega efficacia obbligatoria alla legge incostituzionale prima della pronuncia della Corte<sup>47</sup>: la legge, si dice, è

<sup>47</sup> Per esempio Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, pp. 389 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2 voll., IX ed., Padova, Cedam, 1976, vol. II, p. 1417; Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., p. 971; T. Redenti, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 19 (ove però si precisa che la tesi dell'obbligatorietà vale «salvo casi estremi»).

obbligatoria, perché sarà applicata (o potrà essere applicata) contro i soggetti che l'hanno violata. Altri, invece<sup>48</sup>, svaluta questo genere di considerazione, qualificando «di mero fatto» la circostanza che la legge, per qualunque ragione, non giunga alla finale dichiarazione d'incostituzionalità, ritenendosi priva di consistenza e rilevanza giuridica l'incertezza che può sussistere circa la sua incostituzionalità. In effetti, questa situazione d'incertezza è di regola quella in cui si versa (salvi i casi eccezionali in cui l'incostituzionalità appare in sé evidente) ed essa sta alla base del sistema che si è descritto, nel quale non trova posto un tassativo obbligo di disobbedienza della legge incostituzionale. I singoli sono, invece, posti in grado di scegliere responsabilmente fra l'osservanza della legge incostituzionale (ciò che escluderà comunque la propria futura responsabilità, salvo il rischio dell'eliminazione degli atti giuridici compiuti e salve le connesse conseguenze) e la disobbedienza. Quest'ultima scelta espone al rischio, più o meno remoto, a seconda dei casi, che la legge non sia poi riconosciuta incostituzionale e che quindi si vada incontro alle conseguenze sanzionatorie da essa previste. Per questa ragione, si potrebbe dire, l'ordinamento non arriva a imporre la disobbedienza. La consente tuttavia, in base a una scelta rimessa all'autonomia di decisione dei singoli, in tal modo posti di fronte a un problema non più giuridico ma di etica politica o di interesse personale. Su questo piano, che è quello della responsabilità, alla fine tendono a trasferirsi i problemi finora discussi.

*Gli «effetti costitutivi».* Chiarita la particolare efficacia della legge incostituzionale e la posizione dei singoli di fronte a essa, si può riprendere conclusivamente la questione posta all'inizio della discussione circa i caratteri delle decisioni di accoglimento: si è detto che esse sono pronunce di accertamento, *con effetti costitutivi*. In che consistono allora tali effetti costitutivi? Si può dire così: la decisione d'incostituzionalità, oltre all'accertamento ufficiale ed *erga omnes* del vizio della legge, comporta l'eliminazione di quella possibilità di scelta che è consentita prima della decisione della Corte. La portata costitutiva o innovativa non riguarda l'efficacia obbligatoria della legge incostituzionale che, come si è visto, non esiste. La decisione di incostituzionalità non elimina un presunto dovere di obbedienza, ma fa cadere la possibilità che ciascuno aveva di prestare obbedienza alla legge e impone a tutti di considerarla priva di efficacia: per il futuro, causa di possibile responsabilità sarà difatti proprio l'obbedienza<sup>49</sup>.

Società editrice il Mulino,  
Bologna

<sup>48</sup> Onida, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti*, cit., p. 529.

<sup>49</sup> F. Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1972, p. 28, n. 76.

### PARTE III. L'OGGETTO DELLE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE NEL GIUDIZIO SULLE LEGGI

#### 7. Scindibilità tra disposizioni e norme: presupposto delle decisioni intermedie

Finora ci si è potuti limitare a indicare, approssimativamente, nella legge (e, per implicito, nelle fonti equiparate) l'oggetto delle pronunce della Corte costituzionale (*supra*, pp. 55 ss.). Occorre qui precisare che cosa debba intendersi per «legge». Riprendendo i concetti esposti a proposito della giustizia costituzionale come giurisdizione d'interpretazione, dell'interpretazione come trasformazione delle disposizioni in norme orientate ai casi e del giudizio di costituzionalità come confronto di enunciati legislativi e costituzionali in vista della regolazione dei casi adeguata alle loro esigenze, risulta chiaro che con la formula generica «legge» non si allude al solo enunciato testuale, ma che essa si riferisca necessariamente alle disposizioni interpretate, alle norme ascrivibili alle disposizioni che, in certo senso, le contengono.

Dalla scindibilità delle norme dalle disposizioni dipendono la configurazione e l'efficacia degli strumenti decisori di cui la Corte può avvalersi. È questa scindibilità che permette di ricorrere alle decisioni intermedie, e di disporre di quelle di accoglimento come strumento di *ultima ratio*. Se si dicesse che le pronunce della Corte cadono sempre sulle disposizioni, non vi sarebbe modo di distinguere le norme conformi alla Costituzione da quelle incostituzionali, e la Corte si troverebbe nell'alternativa di dover scegliere tra una soluzione (la dichiarazione d'incostituzionalità) che eliminerebbe con le norme illegittime anche quelle legittime, e l'altra soluzione che, salvando la disposizione, manterrebbe in vita le norme legittime insieme a quelle illegittime. L'eliminazione della norma incostituzionale attraverso la dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione comporterebbe effetti eliminativi eccessivi, rispetto all'obiettivo del ripristino della conformità alla Costituzione dell'ordine legislativo, investendo anche norme non incostituzionali. La corrispondenza biunivoca tra disposizione e norma, dunque, non lascerebbe spazio alcuno alle decisioni costituzionali intermedie.

*Legame al testo.* Il controllo di costituzionalità delle leggi, inteso nel senso del raffronto tra legge e Costituzione volto all'armonizzazione delle norme della prima alle norme della seconda, implica evidentemente un'attività di valutazione su un «materiale» risultante da elementi sfuggenti, quali sono le norme ricavate dai testi.

«*Elementi sfuggenti*». Per il pericolo che ne può derivare alla certezza del diritto – esigenza che si considera meglio garantita dai testi che dalle interpretazioni dei testi – in passato si è accanitamente dibattuto questo punto e si è sostenuta la tesi dell'inscindibilità, cioè dell'identificazione testo-norma. Addirittura, si è detto che la semplice possibilità di interpretazioni incostituzionali dovrebbe comportare l'illegittimità della legge: quasi come sanzione di un uso scorretto, perché costituzionalmente ambiguo, del potere legislativo. Onde, la conseguenza dell'inammissi-

bilità di quella che s'è detta «giurisdizione costituzionale d'interpretazione»<sup>50</sup>. Ma la forza delle cose ha sconfitto questa tesi, che avrebbe ingessato la giurisprudenza costituzionale in un *aut aut* incompatibile con le esigenze di flessibilità che il diritto porta necessariamente dentro di sé e che avrebbe contraddetto il *principio della massima conservazione* degli atti legislativi o, detto diversamente, della *soluzione costituzionale meno dirimpente*. In senso contrario, si è sostenuto che la Corte si pronuncia sempre e solo su norme: una tesi a sua volta estrema, che prescinde dalla valutazione della loro riconducibilità ai testi, di modo che la decisione della Corte dovrebbe riguardare la norma così come individuata, fosse anche in modo arbitrario, dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rinvio<sup>51</sup>.

La posizione più realistica, conforme all'esperienza della giurisprudenza costituzionale, afferma che le decisioni della Corte cadono non sull'enunciato normativo, ma sui significati, sulle norme (che possono essere più d'una) che si possono ricavare dai testi<sup>52</sup>. I testi possono rimanere intatti, e il loro mantenimento si giustifica per la capacità di esprimere (anche) norme conformi alla Costituzione. Questa soluzione consente al giudice di costituzionalità di svolgere un ruolo assai più duttile di quello che gli sarebbe proprio se fosse costretto a operare solo sui testi, mantenendoli puramente e semplicemente o eliminandoli integralmente, con tutte le loro potenzialità normative, costituzionalmente sia ammissibili che inammissibili. Il controllo di costituzionalità *a posteriori*, promosso a partire dall'applicazione giudiziaria del diritto, ha indubbiamente inserito la pronuncia della Corte nel grande agone delle interpretazioni<sup>53</sup>, fino a coinvolgerla pienamente e ad aprire così un canale di comu-

<sup>50</sup> F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e l'attività «maieutica»*, in «Giurisprudenza italiana», IV, 1961, c. 180; Id., *Corte costituzionale*, cit., p. 966; A. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 20 ss. (ma alle pp. 59 s. il riconoscimento della necessità, in qualche caso, di operare sulle norme o, come è detto, sulle statuizioni); T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in «Rivista di diritto processuale», 1957, pp. 361 ss.; L. Montesano, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in «Rivista di diritto processuale», 1958, pp. 524 ss.; Id., *I provvedimenti prefettizi d'urgenza e il giudizio costituzionale sui «testi legislativi ambigui»*, in «Foro italiano», I, 1961, cc. 1283 ss.; Id., *Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norme*, in «Rivista di diritto processuale», 1963, p. 33; S. Bartole, *Spunti di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1962, pp. 29 ss.; P. Barile, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in «Foro italiano», I, 1962, cc. 855 ss.

<sup>51</sup> F. Carnelutti, *Limiti all'accertamento legislativo*, in «Rivista di diritto processuale», I, 1950, p. 5; Id., *Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata*, in «Rivista di diritto processuale», 1962, pp. 349 ss.; Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit.; G. Conso ed E. Fazzalari, *Appunti per una discussione sui problemi attuali della Cassazione*, in «Rivista di diritto processuale», 1966, p. 78 (con una posizione che pare aprire la via all'assunzione della «norma vivente», quale stabilita dalla Corte di cassazione).

<sup>52</sup> M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1956, p. 902, e M. Gallo, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p. e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in «La scuola positiva», 1956, pp. 451 ss.; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999.

<sup>53</sup> V. Angiolini, *L'interpretazione conforme» nel giudizio sulle leggi*, in M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 10.

nicazione con l'amministrazione della giustizia presso le magistrature comuni.

Il rapporto con i testi legislativi significa, tuttavia, che la Corte non può prescindere e che le soluzioni ch'essa può escogitare per condurre le norme legislative nell'alveo della Costituzione devono essere testualmente giustificabili. Il testo, dunque, mantiene un ruolo, e non solo per il modo nel quale deve essere formulata la questione a norma dell'art. 23 della legge n. 87 e, per conseguenza, per come deve essere formulata la decisione a norma dell'art. 136 della Costituzione.

Il controllo di costituzionalità implica, come si è detto, che la norma adeguata al caso tenga conto del testo dal quale essa è ricavabile e del contesto culturale in cui opera e al quale si rivolge<sup>54</sup>. «Tener conto» del contesto culturale – evitando che questo modo di procedere possa essere accusato di arbitrarietà nell'interpretazione – non vuol dire giustificare qualunque norma ritenuta soggettivamente adeguata al caso. Vuol dire, al contrario, ricondurre al testo quelle che se ne allontanano, attraverso il ricorso a percorsi interpretativi che permettano di verificare che l'individuazione della norma sia effettivamente espressione di una *ratio decidendi* (e non di un mero atto di volontà, artificiosamente ricondotto a una formulazione legislativa)<sup>55</sup>. Vuol dire agire per persuadere della plausibilità della norma, anzi della sua maggiore persuasività alla luce della Costituzione, rispetto a tutte le altre possibili opzioni ricostruttive.

## 8. Norme impossibili, norme possibili, diritto vivente

Non, dunque, qualunque ipotesi normativa è idonea a fornire materia del giudizio della Corte. Occorre prenderne in considerazione, per così dire, la consistenza.

a) *L'implausibilità della norma ne esclude la sindacabilità costituzionale.* Affinché le norme ricavate dalle disposizioni possano diventare oggetto del giudizio costituzionale, esse devono essere dotate di *sufficiente consistenza*. Qualora una norma sia del tutto implausibile, puramente ipotetica o frutto di artificio argomentativo (se non di vero e proprio errore interpretativo), la Corte non può pronunciarsi sulla sua costituzionalità. Se la questione di costituzionalità è sollevata su una legge in una sua «interpretazione impossibile», essa non si configura che come pseudoquestione e sarà respinta dalla Corte costituzionale con una decisione non di «merito costituzionale». La Corte si ferma prima, perché le si chiede di pronunciarsi su una norma che non esiste nel mondo del diritto. L'eventualità più frequente è quella in cui il giudice *a quo* pretende di far rientrare il

<sup>54</sup> F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 62 ss., il quale parla di contesto intersoggettivo nel quale è immersa l'interpretazione costituzionale e di logica del probabile.

<sup>55</sup> M. Dogliani, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura, oggi*, Atti del convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997, Padova, Cedam, 1998, p. 68.

caso su cui deve pronunciarsi in una fattispecie normativa interpretata in modo artificioso, per ottenere poi una pronuncia su di essa, in nome della Costituzione: un caso in cui l'errore interpretativo ridonda anche in irrilevanza della questione.

► *Esempi.* Implausibile è stata ritenuta (nella sent. n. 347 del 1998) l'interpretazione ricavata dal giudice rimettente dall'art. 235 cod. civ., nella parte in cui consente l'azione di disconoscimento di paternità al coniuge che abbia prestato, e poi ritirato, il consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. L'artificialità della questione consisteva nell'aver voluto denunciare una lacuna normativa (la mancanza di una disciplina in materia di fecondazione assistita, evidentemente estranea alle problematiche affrontate dal codice civile del 1940). Si voleva far dire alla norma censurata ciò ch'essa non poteva avere detto, cioè che il marito poteva disconoscere il figlio, come se esso fosse stato concepito da madre adultera. Si trattava di un mero appiglio, al quale il giudice *a quo* voleva che la Corte, per così dire, appendesse la sua pronuncia, dal cui contenuto sarebbe derivato almeno un abbozzo di disciplina della materia. Con le parole della Corte: «la possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell'approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale. Ma tale possibilità implica un'omogeneità di elementi essenziali e un'identità di *ratio*; nella cui carenza l'estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in un arbitrio». Pertanto, la questione è stata dichiarata inammissibile.

Affermazioni analoghe si trovano nella sentenza n. 11 del 1998, in materia di obiezione di coscienza. Si chiedeva che fosse dichiarata l'incostituzionalità della disposizione che, prevedendo l'estinzione del reato di rifiuto totale del servizio militare in caso di accoglimento della domanda di ammissione al servizio sostitutivo civile, non si occupava del soggetto che, pur avendo presentato domanda di ammissione al servizio civile, non avesse ricevuto e non potesse più ricevere risposta in merito, essendo stato collocato in congedo definitivo assoluto. Il giudice delle leggi, pur concordando sulla mancanza di un'apposita disciplina del caso concreto, ha ritenuto l'estraneità del caso pendente alle fattispecie descritte nella disposizione impugnata: queste ultime sottintendono un'unica *ratio* (la perdurante inclusione del soggetto nel raggio dell'obbligazione militare), assente invece nella diversa ipotesi del soggetto ormai posto in stato di congedo assoluto. La fattispecie concreta – precisa la Corte – «non può dirsi trovare nella norma denunciata una regolamentazione incostituzionale»: «semplicemente non vi trova alcuna regolamentazione». La conseguenza, in casi come questo e come quello ricordato sopra, è che la soluzione al problema del giudice *a quo* deve ricercarsi non attraverso la questione d'illegittimità costituzionale d'una norma che non c'è, ma «attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto – poteri che gli sono attribuiti non come facoltà ma come compito». Per questo, la questione è respinta per infondatezza (ma avrebbe potuto esserlo anche per inammissibilità).

Le decisioni adottate in questi casi si dicono «correttive», perché mirano a correggere errori e a riportare l'interpretazione della legge nel campo del plausibile<sup>56</sup>. Sarebbe paradossale che la Corte costituzionale

<sup>56</sup> G. Lombardi, *Sentenze «correttive» di rigetto della Corte costituzionale come sentenze di accoglimento in rapporto al «punto di diritto»*, in «Giurisprudenza italiana», I, 1961, n. 1, cc. 1153 ss.; Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., p. 983; Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 56; Mortati, *Istituzioni*, cit., vol. II, p. 1430, V. Onida, *L'attuazione della costituzione tra*

fosse tenuta a procedere a dichiarazioni d'incostituzionalità (di norme o, peggio, di testi) solo perché il giudice *a quo* ha fatto un uso abnorme dei suoi poteri interpretativi. La Corte si impegnerebbe assurdamente in battaglie contro i mulini a vento, cioè a pronunce eliminative di norme mai esistite nella realtà effettiva. Le operazioni giurisprudenziali ch'essa compisse su «non norme» sarebbero doppiamente campate per aria. In questi casi dovrebbe darsi luogo a decisioni d'inammissibilità, piuttosto che d'infondatezza: si ha qui, infatti, a che fare non con pronunce sull'incostituzionalità o non-incostituzionalità della norma dedotta in giudizio, ma con pronunce che negano l'esistenza stessa delle condizioni (l'esistenza plausibile di una norma) per svolgere il controllo di costituzionalità.

*b) Norme possibili e interpretazioni conformi alla Costituzione.* Dalle decisioni correttive di cui si è appena parlato, nelle quali si evidenzia l'errore interpretativo della legge come tale, devono distinguersi le decisioni, aventi anch'esse una portata correttiva, ma dove l'errore risulta dalla mancata interpretazione sistematica della legge, in rapporto alla Costituzione. Si può dire così: la legge, di per sé, può effettivamente essere interpretata come suggerito dal giudice *a quo*. Non può esserlo più, però, se essa viene considerata non isolatamente o in rapporto solo col sistema legislativo di cui fa parte, ma in relazione al più comprensivo sistema giuridico che fa capo alla Costituzione. L'interpretazione della legge dedotta dal giudice rimettente (nei confronti della quale è sollevata la questione) è possibile, perché la disposizione si presta effettivamente a sostenerla. Ma l'errore – che giustifica l'intervento correttivo-interpretativo della Corte – deriva da una mancata interpretazione sistematica della legge e della Costituzione (onde la Corte opera una correzione che ha il valore di conformazione o adeguamento della legge alla Costituzione).

► *Esempio.* Questa evenienza è frequentissima. Qui se ne fornisce un esempio soltanto. Nella sentenza n. 454 del 1998, relativa alla legge n. 943 del 1986 (*Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*), si è trattato del diritto dei lavoratori extracomunitari di ottenere l'iscrizione nell'elenco degli invalidi civili disoccupati aspiranti al collocamento obbligatorio. La legge taceva sul punto. Il silenzio doveva intendersi come esclusione che avrebbe richiesto una dichiarazione d'incostituzionalità, oppure come semplice problema ermeneutico, da risolversi facendo capo a principi di diritto internazionale e a principi costituzionali (l'art. 2 e l'art. 3)? La Corte ha respinto la questione d'incostituzionalità ritenendo ch'essa si basasse sulla mancata interpretazione sistematica della legge: dal complessivo sistema normativo, infatti, era possibile dedurre un'altra interpretazione – adeguata, questa volta, alla Costituzione – in virtù della quale il diritto in discussione non avrebbe potuto essere negato ai lavoratori stranieri invalidi che si fossero trovati in quelle situazioni.

*magistratura e Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. IV: *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 537.



In questi casi, la Corte costituzionale non è tenuta a pronunciarsi sulla costituzionalità della legge nell'interpretazione data dal giudice *a quo*, ma può *reinterpretarla* ricavandone un diverso significato. Essa dispone di un potere di interpretazione della legge non diverso da quello di ogni altro soggetto. Si tratta infatti dell'interpretazione sistematica del diritto, che è una possibilità e un dovere di tutti gli interpreti. Perciò frequentemente avviene che, sollevata questione di legittimità rispetto a una certa legge (ritenuta incostituzionale), la Corte la reinterpreti, ricavandone norme compatibili con la Costituzione e così respingendo la questione.

c) *Diritto vivente*. Un'ultima eventualità si ha in presenza del diritto (o della norma) «vivente». Con tale espressione si indica il diritto nella sua interpretazione consolidata nella giurisprudenza, cioè il diritto «in pratica» e non solo «nei libri delle leggi», dove esse sono scritte in attesa, per l'appunto, di vivere nelle applicazioni ai casi della vita.

Il «diritto vivente» presuppone una condizione di uniformità delle interpretazioni-applicazioni della legge. In presenza di divergenze, non vi sarà un diritto vivente; ve ne saranno tanti, il che è come dire che non ve ne sarà nessuno. Naturalmente, non si può pretendere un'uniformità assoluta. Ciò che conta è l'esistenza di un *consistente orientamento prevalente*.

*La concezione sociologica della norma giuridica nella giurisprudenza costituzionale*. «Diritto vivente» è formula che può alludere a un significato più pregnante che non quello relativo soltanto ai rapporti tra Corte costituzionale e Autorità giudiziaria, tra l'interpretazione dell'una e quella dell'altra. Essa solleva la questione fondamentale di determinare qual è la fattispecie oggetto del giudizio di costituzionalità: la legge (disposizione o norma) oppure la «situazione di diritto»<sup>57</sup> che alla legge consegue? Il diritto «vivente» è contrapposto al «diritto vigente»: il diritto vivente, in questa visione, è il diritto *ex parte societatis*, come appare una volta calato nelle situazioni e nei rapporti sociali; il diritto «vigente» è il diritto *ex parte potestatis*, come appare nelle sue formulazioni, nelle sue intenzioni e nelle sue interpretazioni da parte della giurisprudenza. In questa prospettiva sociologica, che mette al centro della considerazione l'impatto della legge sulla società e della società sulla legge, il diritto vivente è determinato certamente dalla legge, ma non solo da questa. La giurisprudenza, l'amministrazione, i singoli individui con i loro atti giuridicamente rilevanti influiscono sul diritto vivente, contribuendo a determinarlo: potrebbero essere tutti importanti, quali elementi per la determinazione della fattispecie sottoposta a scrutinio d'incostituzionalità, come testimonianze del diritto vivente.

<sup>57</sup> E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts. Methode der Soziologie des Rechts. Die Erforschung des lebenden Rechts*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1913 (trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1976). Di Ehrlich, si veda anche *Gesetz und lebendes Recht* (1920), ora in *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, a cura di M. Rehinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 233: «le regole che gli uomini considerano vincolanti per se stessi nella loro vita comune, sono il diritto vivente: esse costituiscono un ordinamento giuridico tanto quanto quelle contenute nelle raccolte di leggi. La differenza sta in ciò, che le prime assumono valore nelle libere attività delle parti; le seconde possono acquisire forza, in linea di massima, attraverso giudici e altre autorità».

Questa nozione sociologica di «diritto vivente» non può essere, tuttavia, assunta come *oggetto immediato* del controllo di costituzionalità delle leggi. La giurisdizione costituzionale non è una garanzia dell'effettività del diritto, nel senso anzidetto. Essa riguarda le leggi, non l'impatto delle leggi, la pura e semplice effettività. Lo si comprende immediatamente pensando che non avrebbe alcun senso una «dichiarazione d'incostituzionalità dell'effettività del diritto». Si può dichiarare incostituzionale una legge, ma la garanzia dell'effettività è rimessa a coloro che ne devono trarre le conseguenze applicative (i giudici, innanzitutto). La considerazione della «portata normativa» della legge, tuttavia, non è affatto irrilevante nel giudizio costituzionale, quando essa si traduce in orientamenti giurisprudenziali della giurisdizione comune. Ogni legge è una proposta di un certo assetto sociale, ma la direzione della sua azione dipende da molti fattori, il controllo della maggior parte dei quali non è nelle mani del legislatore che, molto spesso, non li conosce neppure né, in situazioni sociali altamente complesse, è in grado di controllarli. Il legislatore, si potrebbe quasi dire, propone, ma la società e i suoi giudici, alla fine, dispongono.

Alla stregua di tale modo di intendere il diritto vivente, la Corte costituzionale, nel giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi, non solo considera l'atto legislativo in sé, ma anche le condizioni e le conseguenze della legge: non attraverso indagini sociologiche, ma attraverso il riflesso ch'esse hanno nella giurisprudenza consolidata. L'apertura a questa dimensione extratestuale del diritto, del resto, è coerente con la concezione di una Costituzione che non si accontenta della semplice coerenza sistematica di atti giuridici, ma è aperta al conseguimento di risultati di giustizia sociale concreti. Un controllo di questo genere è compiuto frequentemente dalla Corte costituzionale, quando decide in termini di ragionevolezza, ove, come si è visto, ogni decisione è intrisa di valutazioni sull'«impatto» sociale della legge; e, più in generale, in tutte le situazioni in cui la legge è valutata in termini di adeguatezza alle situazioni regolate.

*Diverse definizioni di diritto vivente.* La suesposta definizione di diritto vivente non è l'unica. I tentativi da parte della dottrina di elaborare definizioni adeguate all'uso che se ne fa nella giurisprudenza costituzionale sono stati diversi. Si è parlato di diritto vivente come interpretato e applicato dalla giurisprudenza<sup>58</sup>; di stratificazione nel tempo di un condiviso significato normativo<sup>59</sup>; di significato normativo di disposizioni legislative fatto proprio da un orientamento stabile e diffuso, specie delle supreme magistrature<sup>60</sup>; di norma come formulata dalla quasi totalità o dalla grande maggioranza degli interpreti, tra i quali però ve ne sono di privilegiati<sup>61</sup>; di diritto effettivamente applicato anche in modo creativo dall'interprete<sup>62</sup>.

Sono tentativi che, pur comprensibili in un medesimo orientamento concettuale, non nascondono la loro intrinseca indeterminatezza. Basti pensare all'e-

<sup>58</sup> L. Mengoni, *Diritto vivente*, in «Jus», 1988, p. 14.

<sup>59</sup> A. Pugiotto, *Il riferimento al diritto vivente*, in «Foro italiano», V, 1998, p. 361, e Id., *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994.

<sup>60</sup> A. Anzon, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1998, p. 1083.

<sup>61</sup> G.U. Rescigno, *Comunicare, comprendere, interpretare il diritto*, in «Diritto pubblico», 2009, pp. 699 ss.

<sup>62</sup> G. Alpa, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente»*. *Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in «Rassegna forense», 2007, p. 495.

vanescenza delle aggettivazioni utilizzate per qualificare l'orientamento giurisprudenziale (prevalente, condiviso, consolidato, stabile, diffuso...); o al ricorso di qualificazioni in negativo (non assurgono a diritto vivente le mere «tendenze interpretative che trovano riscontro in isolate o rare e spesso contrastanti pronunzie dei giudici comuni»<sup>63</sup>). Come a dire, che non essendo possibile giungere a un'individuazione certa per caratteristiche positive, è possibile (almeno) procedere per ragionamenti *a contrario*, attraverso l'individuazione di ciò che non è norma vivente. Lo stesso riconoscimento dell'esistenza di una data tendenza giurisprudenziale è rimesso a criteri incerti, se non di segno opposto: quello *qualitativo* del grado e della funzione rivestita dall'autorità da cui promana la scelta interpretativa<sup>64</sup> (per cui le supreme magistrature godrebbero di un ruolo privilegiato, per la loro ovvia maggiore incidenza nella pratica applicativa, che è assicurata dal sistema delle impugnazioni: con il rischio, però, che la norma vivente sia identificata con l'interpretazione «nomofilattica»), e quello *quantitativo* dell'effettiva adesione della maggioranza dei giudici all'indirizzo indicato<sup>65</sup>. Ritenuta l'insufficienza di entrambi, si è anche proposto un criterio *misto*, in virtù del quale occorrerebbe una tendenziale uniformità applicativa «tanto a livello orizzontale (tra giudici dello stesso grado) quanto a livello verticale (tra giudici di grado diverso)»<sup>66</sup>.

Non contribuisce a superare o, perlomeno, a circoscrivere tali difficoltà definitorie la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale. Essa ha fatto un uso ondivago dei criteri di determinazione della «tendenziale uniformità giurisprudenziale», facendo in alcuni casi prevalere quello qualitativo, in altri quello quantitativo, e giungendo, per questa seconda via, non senza creare incertezza, a escludere la presenza di una norma vivente stante l'isolata interpretazione difforme – rispetto a quella fornita dalla Corte di cassazione – del giudice *a quo*. Il diritto vivente talora coincide con l'interpretazione consolidata della sola Corte di Cassazione (sent. n. 205 del 2002); talora nasce dalla sola *ratio decidendi* ma non dall'*obiter dictum* delle sentenze (sent. n. 210 del 1992) oppure, sempre più restrittivamente, concerne solo i principi di diritto espressi dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (sent. n. 260 del 2002). Insomma: mentre il diritto vivente dovrebbe, nelle intenzioni, fissare l'interpretazione, in concreto è la Corte stessa a rendere elastico il vincolo che ne dovrebbe derivare.

Ove una norma (non solo possibile ma anche) vivente esista, la Corte costituzionale, di regola, disattende l'eventuale diversa interpretazione prospettata dal giudice *a quo*, rinuncia a interpretare la legge sottoposta al suo controllo e l'assume nel significato attribuitole dalla giurisprudenza. Il controllo di costituzionalità non è più allora un giudizio su fattispecie ipotetica, il diritto per come esso è in potenza; diventa, invece, un giudizio su fattispecie concreta, il diritto per come esso è in atto.

► *Esempi.* Un esempio può trarsi dalla sentenza n. 91 del 2004, in materia di determinazione dell'indennità di buonuscita dei pubblici dipendenti. Il giudice

<sup>63</sup> Anzon, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale*, cit., p. 1083.

<sup>64</sup> M.R. Morelli, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Giustizia civile», II, 1995, p. 172.

<sup>65</sup> F. Gambini, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2000, p. 202.

<sup>66</sup> M. Cavino, *Diritto vissuto, vivente e vigente. La posizione della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza italiana», 2000, p. 1338.

rimettente dubitava (alla luce degli artt. 36 e 38 Cost.) d'una norma che, secondo il diritto vivente, valeva, ma solo in una misura percentuale e non per l'intero, a comprendere l'indennità integrativa speciale negli emolumenti che formavano la base contributiva su cui calcolare l'indennità di buonuscita. Tale interpretazione era contestata dal giudice rimettente, ma la Corte costituzionalmente l'ha ritenuta diritto vivente (e, su questa premessa, ha dichiarato infondata la questione).

La norma vivente è, invece, dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 266 del 2006, in materia di azione di disconoscimento della paternità. Il giudice rimettente dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c., nella parte in cui, secondo un'interpretazione consolidata nella giurisprudenza della Corte di cassazione, l'indagine sul verificarsi dell'adulterio ha carattere preliminare rispetto a quella circa la sussistenza o meno del rapporto determinante la procreazione, con la conseguenza che la prova genetica o ematologica, anche se espletata contemporaneamente alla prova dell'adulterio, poteva essere presa in considerazione solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima, sebbene il progresso scientifico ormai consenta di ottenere direttamente prova sicura dell'esclusione della paternità naturale. Conformemente alla dottrina del diritto vivente e alla sua configurazione di autolimitazione del potere interpretativo sia del giudice rimettente sia della Corte costituzionale, quest'ultima ha ritenuto, di fronte all'interpretazione consolidata, di non avere «la possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative, ma [di dover] limitarsi a stabilire se la stessa sia o meno conforme ai principi costituzionali». Ne è seguita la dichiarazione d'incostituzionalità della norma nella parte in cui, imponendo la subordinazione della prova tecnica alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie, «si risolve in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione. E ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status* e all'identità biologica».

### **9. Il diritto vivente come autolimitazione delle possibilità interpretative della Corte**

La dottrina del diritto vivente è solo un elemento che concorre a comporre l'assai più vasto quadro dell'interpretazione del diritto, il principio di legalità coesistendo col principio di costituzionalità. In questo ambito si pone l'inevitabile tensione tra giudice costituzionale e giudici non costituzionali. La posta in gioco è il ruolo che ciascuno di loro ha nella determinazione degli equilibri tra i due lati del diritto: il lato della Costituzione e il lato della legge. Questa tensione è inevitabile e i conflitti sono sempre in agguato. In origine, si pensava che i problemi si potessero risolvere per mezzo della massima: alla Corte la Costituzione, ai giudici la legge. Ma la Corte, nel decidere secondo la Costituzione, non può non interpretare la legge e la sua decisione influisce sulla legge medesima. D'altro canto, i giudici fanno uso della Costituzione quando, valutando la «non manifesta infondatezza» della questione di legittimità costituzionale, decidono di sollevare la questione o di non sollevarla, in questo secondo caso ritenendo o che i dubbi di costituzionalità siano di per sé manifestamente infondati, ovvero che tali dubbi risultino tali, una volta che si sia fatto uso delle possibilità che offre l'interpretazione conforme (o sistematica). Corte e giudici operano dunque su un terreno comune e, come sempre quando si deve

stare insieme, gli attriti sono possibili. Che siano cosa buona o cattiva, non è detto *a priori*. Sono buoni, quando li si supera col contributo di tutti. Il diritto vivente si è fatto «dottrina» con l'intento di evitare i conflitti interpretativi e di assegnare ai giudici un compito che la Corte si ripromette di rispettare senza intromissioni. Come si vedrà, la buona intenzione non riesce tuttavia a trasformarsi in una rigorosa *actio finium regundorum*, a riprova che il terreno rifugge dalle recinzioni.

*Debita attenzione.* Fin dai primi anni della sua attività, la Corte costituzionale ha mostrato una particolare attenzione al significato che la legge sottoposta al suo controllo assumeva nell'attività dei giudici: un atteggiamento spiegabile come conseguenza naturale del controllo di costituzionalità *a posteriori* e quindi concreto. Già nella sentenza n. 3 del 1956, la Corte si diceva tenuta a «debitamente» considerare una «costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero – come è vero – che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice intesa a renderle concrete ed efficaci». La suddetta «debita attenzione» non privava, però, la Corte del suo autonomo potere d'interpretazione. Anche su questo punto la Corte era esplicita: «è evidente che della legittimità costituzionale di una norma non si può giudicare senza prima avere stabilito quali della norma siano il contenuto e la portata. A questo fine non è escluso che la Corte costituzionale possa anche avvalersi di una precedente interpretazione [data dalla giurisprudenza comune], sempre però che, a seguito della sua piena adesione, questa sia divenuta anche l'interpretazione propria. Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, tra norma interpretata e norma costituzionale, l'una e l'altra essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo. Che poi – aggiungeva la Corte – la parte del giudizio relativa all'interpretazione della norma ordinaria non assuma un particolare rilievo [...] per effetto, appunto, di una precedente interpretazione sicuramente consolidata, non è cosa che valga a mutare la posizione logica dei due momenti, né l'appartenenza di entrambi all'unitario giudizio della Corte». «Deferenza, quindi, non legame»<sup>67</sup>.

*Vincolo all'interpretazione.* La dottrina del diritto vivente trasforma la deferenza in ubbidienza e rovescia le posizioni appena richiamate: alla libertà interpretativa della Corte si sostituisce il vincolo all'interpretazione affermatasi presso la giurisprudenza, a prescindere dalla sua «giustezza» e dall'adesione che la Corte stessa dia o non dia a tale interpretazione.

Si veda questa affermazione della sentenza n. 161 del 1967: «La Corte non può non prendere atto che la giurisprudenza dei giudici ordinari, dopo esitazioni

<sup>67</sup> G. Treves, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, in Id. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 8.

e divergenze, si è venuta affermando nel senso che [...] A questa interpretazione le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno impresso il suggello della loro adesione e della loro autorità. Il che impone di considerare ormai – per usare un’espressione altre volte usata dalla Corte – come “norma vivente” quella definita dalla detta interpretazione e di affrontare, partendo da essa, la questione di costituzionalità».

Il significato giudiziario della legge diventa così un «dato» del caso costituzionale e cessa di essere un aspetto dell’argomentazione, com’era in precedenza. La Corte si lega senza mezzi termini alla costruzione teorica del diritto vivente, limitando la sua facoltà d’interpretare la disposizione denunciata alle ipotesi di assenza del diritto vivente. Solo quando non sia possibile ritenere l’esistenza di una norma vivente – o perché non ancora potutasi formare su leggi troppo recenti, o perché contrastata dall’esistenza di divergenti correnti interpretative –, allora la Corte stabilisce e suggerisce la propria interpretazione della legge: un’interpretazione che può entrare in polemica con quella data da altri giudici e che diventa essa stessa un contributo, una *proposta di diritto vivente* che attende di realizzarsi. In presenza di diritto vivente, invece, secondo la detta «dottrina», la Corte deve astenersi dal dare la propria interpretazione e deve assumere l’altrui consolidata interpretazione a base del proprio giudizio. La situazione che ne consegue è duplice: o la norma vivente è incostituzionale, tale essendo dichiarata dalla Corte costituzionale, oppure non lo è, essendo la questione di costituzionalità respinta dalla Corte. Nel primo caso, il giudice rimettente (e tutti gli altri giudici) sarà tenuto a non applicarla; nel secondo caso, essendo stata la norma vivente, per così dire, validata dalla Corte, il giudice rimettente sarà tenuto ad applicarla<sup>68</sup>.

*Distribuzione del potere interpretativo.* Il riconoscimento del diritto vivente e il vincolo – impegnativo e inderogabile – che la Corte costituzionale ne ha tratto corrispondono a una concezione dei rapporti tra i giudici e la Corte di cassazione, da un lato, e la Corte costituzionale, dall’altro, che corrisponde a una concezione rigida della «distribuzione» del potere d’interpretazione: il quale costituisce per i primi il *proprium* della loro funzione; per la seconda, soltanto il presupposto di esercizio della sua giurisdizione sulle leggi. Il vincolo al diritto vivente, al quale la Corte si assoggetta, implica il riconoscimento di questo diverso significato che l’interpretazione assume nei due casi. Ciò, naturalmente, non esclude che la stessa norma vivente possa essere sottoposta al suo sindacato costituzionale ed essere eventualmente dichiarata incostituzionale. La dichiarazione d’incostituzionalità diviene così la via per combattere l’irrigidimento della giurisprudenza e consentire l’espressione di interpretazioni diverse, altrimenti sacrificate sotto la cappa del diritto vivente.

La dottrina del diritto vivente, quindi, contrariamente a ciò che potrebbe apparire a prima vista, non è un segno di debolezza della Corte

<sup>68</sup> Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., in part. pp. 346 e 355; Id., *Il riferimento al diritto vivente*, in R. Romboli (a cura di), *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni*, in «Foro italiano», V, 1998, p. 363.

costituzionale nei confronti dei giudici comuni (e della Corte di cassazione prima di tutti), bensì una via di regolazione delle rispettive sfere di azione che sembra risolvere soddisfacentemente il problema, potenzialmente conflittuale, dei rapporti tra l'interpretazione della legge della Corte costituzionale e dell'Autorità giudiziaria. La Corte costituzionale si rimette, ove è possibile, alle interpretazioni emergenti dal gran corpo della magistratura, salvo naturalmente annullarle per incostituzionalità; ma rinuncia a proporre essa stessa proprie *interpretazioni militanti*, divergenti da quelle già consolidate nelle sedi proprie.

*Coesistenza tra norma vivente e norma conforme?* La dottrina del diritto vivente si armonizza con l'interpretazione conforme? In effetti, una concezione rigida del diritto vivente condurrebbe la Corte in un'alternativa altrettanto rigida: rigetto o accoglimento della questione sulla base d'un'interpretazione della legge (la norma vivente) sulla quale essa non dovrebbe influire. L'interpretazione conforme è invece, tipicamente, uno strumento d'influenza sulle interpretazioni. La rigidità della posizione della Corte si rifletterebbe a sua volta sulla posizione del giudice *a quo*. Se la Corte non può distaccarsi dal diritto vivente, lo stesso dovrebbe essere per il giudice che solleva la questione. Che senso avrebbe ch'egli si discostasse dal diritto vivente nel momento in cui propone la questione, se, nel momento della risoluzione di essa, nemmeno la Corte potesse discostarsene? D'altra parte, non sarebbe forse in contrasto con questa concezione della dottrina della norma vivente il chiedere al giudice di esplorare le possibilità d'interpretazione conforme, come condizione d'ammissibilità della questione? La norma vivente lo impedirebbe.

*Attenuazione del vincolo.* Sul presupposto che una disposizione di legge non si dichiara costituzionalmente illegittima perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile ricavarne interpretazioni costituzionali (*dictum* della sent. n. 356 del 1996, ripreso le volte in cui una questione è dichiarata inammissibile per difetto d'attività interpretativa), la Corte invita il giudice a – o piuttosto gli impone di – cercare l'interpretazione conforme, e a sollevare la questione di costituzionalità solo quando la ricerca non abbia dato esito. Il giudice, dunque, deve scegliere, tra più interpretazioni dotate di una sufficiente consistenza logica e giuridica, quella che ritenga la sola, o la più conforme, alla Costituzione. L'obbligo e il potere di sollevare la questione permangono nella sola ipotesi in cui, verificate le diverse possibilità interpretative, non possa alla disposizione attribuirsi «altro che un significato di (almeno) dubbia costituzionalità»<sup>69</sup>.

Questo onere di ricerca dell'interpretazione conforme è talora concepito criticamente dai commentatori, come un non previsto «terzo requisito» d'ammissibilità della questione incidentale, ulteriore rispetto a quanto stabilito dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953. Eppure, può essere considerato la logica conseguenza del diritto da interpretare come intero,

<sup>69</sup> Anzon, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale*, cit., p. 1085.

ciò come ordinamento comprendente legge e Costituzione: conseguenza dalla quale deriva la concezione della «non manifesta infondatezza» non come dubbio superficiale d'incostituzionalità, ma come dubbio che permane, pur dopo ponderazione. Non è su questa divergenza, tuttavia, che ci si deve dividere. Ciò che conta è prendere atto della conseguenza che deriva sul modo d'intendere la «dottrina» del diritto vivente.

Non solo il giudice rimettente è chiamato a ricercare, tra i significati possibili, quello costituzionalmente corretto, ma è legittimato dalla stessa Corte costituzionale a dar seguito all'interpretazione che reputa adeguata alla Costituzione, pur in presenza di una (diversa) norma vivente. In ciò consiste un mutamento di prospettiva: se prima, in presenza di diritto vivente, la Corte si asteneva essa stessa dall'interpretare, ora, pur nelle medesime circostanze, abilita il giudice a distaccarsi dall'orientamento giurisprudenziale consolidato reputato di dubbia costituzionalità, per ricavare dalla disposizione una norma conforme. Non solo abilita, ma impone. Infatti, la questione sollevata senza che si sia tentata senza esito l'interpretazione conforme è dichiarata inammissibile perché il giudice *a quo* non ha svolto fino in fondo il compito che è suo: la determinazione per «insufficienza interpretativa».

► *Esempi.* Rientrano nelle ipotesi descritte i casi in cui il giudice rimettente, pur avendo dedotto dalla disposizione un'interpretazione (a suo giudizio) costituzionalmente corretta, non ne dà applicazione nel caso dinanzi a sé pendente, in quanto, essendosi formato un diverso orientamento giurisprudenziale, ritiene di non potersene distaccare. Questo è l'errore: infatti, dice la Corte, «nulla impedisce al rimettente di adottare l'interpretazione da lui ritenuta corretta alla luce dei parametri costituzionali» (ord. n. 233 del 2001). L'«insufficienza interpretativa», qui, consiste non nel non avere tentato l'interpretazione, a suo parere, conforme, ma nel non averle dato seguito. Altri esempi possono trarsi dalle ordinanze n. 338 e n. 20 del 2001. Nella prima, la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità (manifesta) della questione di costituzionalità sollevata a proposito della non configurabilità come parte processuale del Consiglio notarile che abbia assunto un provvedimento disciplinare nei confronti di un notaio, quando il provvedimento sia stato impugnato in giudizio. Quest'interpretazione dell'*Ordinamento notarile* trovava il sostegno di gran parte della giurisprudenza, ma non del giudice rimettente. Questi, ritenendo che per sottrarsi alla forza cogente del diritto vivente occorresse una pronuncia d'incostituzionalità, aveva sollevato questione: una questione dichiarata inammissibile perché il giudice avrebbe potuto raggiungere da sé il risultato che chiedeva invece alla Corte. Nel caso dell'ordinanza n. 20 del 2001, si trattava della mancata previsione dell'irresponsabilità del direttore e dell'editore del giornale che abbiano pubblicato opinioni espresse da soggetti protetti dall'immunità parlamentare, secondo l'art. 68 della Costituzione. Anche in tale situazione il giudice rimettente pone a oggetto della questione una norma che mostra palesemente di ritenere incostituzionale, ma dalla quale ritiene non potersi distaccare a causa di un costante orientamento giurisprudenziale che l'avalla (data anche la prevedibilità dell'impugnazione e dell'annullamento di una sua decisione non conforme a tale orientamento). In entrambi i casi menzionati, la Corte procede lungo una direzione opposta a quella intrapresa dai giudici *a quibus*. La dichiarazione d'inammissibilità delle questioni sollevate trova fondamento precisamente nella possibilità – che i giudici rimettenti avevano argomentato – di rinvenire un significato normativo diverso da quello ritenuto incostituzionale, possibilità ipotizzata ma non utilizzata



«a causa dell'esistenza della "costante" giurisprudenza che segue l'interpretazione [...] non condivisa» (ord. n. 20 del 2001). Il fatto stesso che sia possibile trarre dalla disposizione censurata un'interpretazione differente implica che il giudice debba utilizzarla, in quanto la ritenga la sola, o la più, conforme alla Costituzione. Nessun impedimento si oppone all'interpretazione che permette di superare i dubbi di costituzionalità dei giudici comuni. Il «principio di costituzionalità» impone che «alle norme e ai principi costituzionali si [debba] ricorrere per giustificare la proposizione della questione di legittimità costituzionale solo dopo che le stesse norme e gli stessi principi siano stati considerati al fine di interpretare in loro conformità la disposizione che il giudice deve applicare e dopo che tale interpretazione conforme sia risultata impossibile» (ord. n. 338 del 2001). Con le ordinanze richiamate (che sono applicazione della proposizione, già ricordata, della sentenza n. 356 del 1996) la Corte sanziona l'uso scorretto del giudizio di costituzionalità della legge: presentare un dubbio interpretativo, che dev'essere risolto all'interno delle giurisdizioni comuni, in una veste non appropriata.

*Crisi del diritto vivente?* L'invito rivolto al giudice a fare da sé, a utilizzare gli strumenti interpretativi che gli sono propri, a liberarsi, quando occorre, dall'interpretazione invalsa, sembra incrinare il valore della dottrina del diritto vivente.

Al giudice non è precluso «pervenire a una lettura della norma *secundum Constitutionem* anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco» (ord. n. 2 del 2002); agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, «qualora anche essi fossero [...] univoci, non può assegnarsi un valore limitativo dell'autonomia interpretativa del giudice» (ord. n. 367 del 2001); «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri del "diritto vivente", la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice rimettente» (sent. n. 91 del 2004); il giudice ha «solo la facoltà e non l'obbligo di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale» (sent. n. 252 del 2005); la presenza di una pronuncia della Corte di cassazione, ancorché a sezioni unite, non è sufficiente a ritenere implausibile l'interpretazione offerta dal giudice rimettente (sent. nn. 236 e 119 del 2015): sono affermazioni della Corte che denotano una caduta di valore normativo della dottrina del diritto vivente, innanzitutto sul versante dei poteri interpretativi del giudice comune<sup>70</sup> e poi, per naturale conseguenza, su quello dei poteri interpretativi della Corte stessa.

Il richiamo, pena l'inammissibilità, al dovere dell'interpretazione conforme pone, infatti, la Corte in una posizione di estraneità rispetto alla dottrina del diritto vivente da lei stessa elaborata: per quanto nella prassi, essa tenda ad attenersi all'interpretazione prevalente nella giurisprudenza comune, il fatto d'assumere possibili altre interpretazioni, al momento dell'ingresso della questione, le consente, a sua volta, di spaziare tra altre, per così dire, non certificate, interpretazioni. Cade la funzione del diritto

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 1082; A. Pugiotto, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in «Corriere giuridico», 2004, pp. 985 ss.; V. Marcenò, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2005, p. 785.

vivente come autolimita dell'interpretazione della Corte. Parallelamente, la Corte «si rimette» all'interpretazione del giudice *a quo*, quando egli, nella sua ricerca della norma adeguata, giunge a trovarla con i suoi mezzi. La norma vivente diviene cedevole di fronte a una qualunque diversa interpretazione che il singolo giudice ritenga preferibile, con l'avallo della Corte costituzionale, se non circa il contenuto di tale interpretazione, almeno circa il potere di adottarla al posto di quella vivente (per esempio, ord. nn. 20 del 2001; 209 e 472 del 2002; 19, 107 e 109 del 2003).

Non mancano, peraltro, decisioni in cui la Corte afferma che il giudice *a quo* deve motivare, a pena di inammissibilità della questione, sull'impraticabilità di un'interpretazione adeguatrice, salvo il caso in cui sussista un diritto vivente (sent. nn. 45 del 2017; 2013 e 85 del 2016; 262 del 2015; e ord. n. 15 del 2016), così in certa misura affermando il dovere del giudice rimettente di arrestarsi in presenza di una norma vivente (salvo, ovviamente, che dubiti della legittimità costituzionale della norma vivente stessa).

Una volta che si sia permesso al giudice *a quo* di addentrarsi nella selva delle interpretazioni, compresa l'interpretazione conforme, senza altri limiti che non quelli, assai lati, dell'argomentazione giuridica, non si corre il rischio della polverizzazione dell'interpretazione? La funzione delle norme costituzionali di principio, che dovrebbe essere quella di orientare le interpretazioni, non si tradurrebbe in quella opposta, di disorientarle?

*Eccesso di creatività?* L'interpretazione conforme è un aspetto dell'uso giudiziario della Costituzione, cioè della concezione della Costituzione quale norma di applicazione giudiziaria: il controllo di costituzionalità delle leggi si è spostato dal terreno delle fonti a quello dell'interpretazione; dalla cura dell'astratta coerenza del sistema giuridico alla garanzia di successo dell'interpretazione<sup>71</sup>. Ciò ha permesso che si radicassero nella pratica le decisioni interpretative e che il «dialogo» interpretativo tra Corte costituzionale e giudici si facesse serrato<sup>72</sup> e, qualche volta, anche polemico. Circa il rispetto del primato del legislatore, come padrone della legge, questo uso giudiziario della Costituzione ha posto e pone problemi ricorrenti. Non si ripropone teoricamente l'antica questione della natura creativa della giurisprudenza. Nessuno più contesta la «verità banale»<sup>73</sup> che in ogni sentenza c'è una decisione, una scelta tra diverse possibili-

<sup>71</sup> G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 261-262.

<sup>72</sup> Giudizio prevalentemente positivo sul «dialogo» interpretativo tra Corte costituzionale e giudici comuni (Corte di cassazione in testa), in V. Onida, *Gli utenti della giustizia costituzionale in Italia*, in P. Pasquino e B. Randazzo (a cura di), *La giustizia costituzionale e i suoi utenti*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 177 s.; E. Lamarque, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2008, p. 761 e *passim*, e Id., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in Aa.Vv., *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 37 ss. Giudizio opposto in S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente (2012)*, Lezione al «Seminario Tosi», Firenze, 15 maggio 2012.

<sup>73</sup> M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1.

tà, che tale scelta è, in certo senso, «creazione» di diritto. Il problema, invece, è quello dei limiti di tollerabilità della verità banale. Se il diritto non è più proprietà di un solo soggetto (il legislatore), ma è oggetto delle cure di tanti<sup>74</sup>, ciò non significa che non esistano compiti propri e non sovrapponibili. Non significa che quelle cure siano caos generale. La creatività della giurisprudenza è subordinata e strumentale a un fine specifico, l'armonizzazione della legislazione ai principi costituzionali. Il canone dell'interpretazione conforme vale non come strumento di libera creazione, ma come strumento per la realizzazione del fine predefinito.

Il rischio è che, dietro lo schermo dell'interpretazione conforme come potere-dovere della giurisprudenza, si celi però l'arbitrio interpretativo che sovverte il principio della soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma 2, Cost.)<sup>75</sup>. La questione è per natura controversa: quello che per uno è interpretazione conforme, per un altro è arbitrio. L'interpretazione è sempre, e per sempre, terreno di contrasto.

► *Esempi.* Un esempio potrebbe trarsi dalla sentenza della Corte di cassazione<sup>76</sup>, che, in materia di graduabilità delle misure cautelari nel processo penale, ha stabilito che «l'unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 [della Corte costituzionale] è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all'art. 609-octies c.p. [violenza sessuale di gruppo]». Come già anticipato ad altro proposito (*supra*, pp. 125-126), il giudice di legittimità ha ritenuto di poter trarre dal precedente costituzionale [che demandava al giudice la valutazione, caso per caso, della misura cautelare da adottarsi in ipotesi di altri reati anch'essi di natura sessuale], un'interpretazione analogica, così estendendo la norma posta della decisione costituzionale ad altre ipotesi, in presenza della medesima *ratio*. Secondo la Corte di cassazione, pur non avendo la Corte costituzionale preso in considerazione il reato della violenza sessuale di gruppo, «non vi è dubbio che i principi affermati dalla Corte costituzionale [...] appaiono potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata agli odierni ricorrenti e che il giudice è chiamato ad affrontare il tema di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame».

Altro esempio<sup>77</sup> può essere la decisione del Tribunale di Salerno (9 gennaio 2010) con la quale il diritto alla procreazione col ricorso a tecniche medicalmente assistite è stato esteso a una coppia non infertile o non sterile che però rischiava, in concreto, di generare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie trasmissibili geneticamente. La legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) espressamente prevede il ricorso alla procreazione medicalmente assistita per le sole coppie sterili o infertili. L'argomento su cui si basava l'estensione è l'irragionevolezza del limite ostativo per le coppie fertili ma ad alto

<sup>74</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 213.

<sup>75</sup> M. Losana, *La tutela, in sede cautelare, dei diritti costituzionali sconosciuti da una legge ordinaria: la sottile (ma pur sempre praticabile) distinzione tra interpretazione conforme e disapplicazione della legge*, in «Giurisprudenza italiana», I, 2011, c. 1993.

<sup>76</sup> Sez. III pen., 20 gennaio 2012, n. 4377.

<sup>77</sup> Indicazioni in C. Tripodina, *Incertezza generata da giudici che disconoscono i vincoli della testualità*, in M. Dogliani (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 134.

rischio di trasmissione di malattie genetiche, le quali, prima della legge n. 40, sceglievano la via della fecondazione artificiale e della diagnosi preimpianto degli embrioni creati in vitro al fine di impiantare nell'utero materno solo quelli sani. In entrambe le situazioni, i giudici (di legittimità, nel primo caso; di merito, nel secondo), valutata l'irrazionalità (nel primo caso) e l'irragionevolezza (nel secondo) della disposizione legislativa, hanno ritenuto di poter (e dover) direttamente armonizzare la legge alla Costituzione, senza coinvolgere la Corte costituzionale attraverso la questione di costituzionalità.

Le decisioni del tipo sopra indicato sono il prodotto di interpretazioni o di prevaricazioni mascherate da interpretazioni? I critici sono forse un poco troppo sicuri di sé, quando sospettano intenti prevaricatori in giudici che, non volendo stare al loro posto, si appellano alla Costituzione e all'interpretazione conforme, travolgendo i testi. Essi si appellano alla lettera della legge, alla «struttura linguistica» della norma, individuando in questa l'ancora di salvezza, il criterio che segna il confine tra ciò che ai giudici è lecito e ciò che non è lecito. Del resto la stessa Corte costituzionale ripetutamente considera il tenore testuale della disposizione un limite dinanzi al quale l'interpretazione del giudice deve arrestarsi (da ultimo, sent. nn. 268 del 2017, 83 e 82 del 2017, 241 e 219 del 2016).

Il giudice, in effetti, non può porsi contro la legge, cui è soggetto. Ma, la questione controversa è, per l'appunto, il contenuto della legge. Il criterio letterale è, tra tutti, forse il meno preciso. Soprattutto, non dice nulla quando entra in campo l'interpretazione analogica, che appartiene allo strumentario argomentativo tradizionale del giudice. Il problema consiste nello stabilire se una certa disposizione è o non è «a fattispecie esclusiva»: se sì, l'analogia è esclusa; se no, è ammessa. Nei casi ricordati, l'argomentazione per analogia sarebbe stata possibile anche solo in base all'art. 12 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*, semplicemente rafforzata col richiamo a principi costituzionali come la razionalità e la ragionevolezza. Sempre, per definizione, quando si tratta di analogia la «struttura linguistica» della norma scritta risulta superata. Ma, se una disposizione sia a fattispecie esclusiva oppure no è, ancora una volta – salvo l'espreso divieto di analogia che vale per tutte le norme penali –, oggetto d'interpretazione. Nei casi sopra ricordati, questo era il punto controverso, non il passaggio ulteriore: l'estensione a fattispecie diversa.

Secondo la Corte costituzionale, il travalicamento del giudice (la Corte di cassazione) si sarebbe avuto con la sentenza citata *supra*, in tema di misure cautelari nel processo penale. Nella sentenza n. 110 del 2012 è contenuto un monito nei confronti delle autorità giudiziarie che «fanno da sé». Bene ha fatto – dice la Corte costituzionale – il giudice *a quo* che, invece di seguire la via indicata dalla Corte di cassazione, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, «poiché le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate» (il riferimento è alla sent. n. 265 del 2010). «La lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, che non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre».

Ecco dunque comparire «la lettera», ma la lettera nel senso dell'impossibilità di estensione: cioè la «lettera interpretata».

Quello che suscita reazione, dunque, non è tanto l'uso da parte del giudice di poteri che, in linea di principio spettano alla Corte costituzionale e non a lui. Si tratta piuttosto d'altro: del sempre possibile dissenso sui contenuti della decisione oppure della semplice preferenza verso altri tipi d'intervento (della Corte costituzionale o del legislatore). Si tratta di dissenso circa il risultato, mascherato da dissenso sull'uso del mezzo. Ancora una volta si è nel campo delle interpretazioni, cioè non delle certezze ma delle incertezze più o meno sostenute da argomenti. A seconda dell'interpretazione, il campo a disposizione dei giudici comuni si allarga o si restringe, in proporzione inversa a quello a disposizione della Corte. Si è, dunque, in un campo dai confini mobili.

*Verso un sindacato diffuso?* Il ricorso, nei termini descritti, all'interpretazione conforme è stato inteso come sintomo di un passaggio, che sarebbe in corso, dal giudizio accentrato al giudizio diffuso di costituzionalità delle leggi<sup>78</sup>, con rischio per il ruolo della Corte costituzionale e per la sua stessa esistenza<sup>79</sup>.

Naturalmente, i rischi esistono sempre e dappertutto. E, qualche volta, sono alimentati dall'atteggiamento rinunciatario della stessa Corte costituzionale<sup>80</sup> che, non volendo fare, finisce per lasciar fare. Ma, a meno di negare alla Costituzione il carattere di norma giuridica; a meno di negare all'ordinamento giuridico il carattere di sistema unitario e alla giurisdizione il compito di applicare direttamente le norme di questo sistema ai rapporti controversi in giudizio; a meno di spezzare l'ordinamento e di isolare la Costituzione dal resto delle norme giuridiche; a meno di escludere integralmente l'interpretazione conforme: a meno di un passo indietro di questo genere, verso una concezione della Costituzione come non-diritto o come diritto politico, il coinvolgimento costituzionale dei giudici è fuori discussione<sup>81</sup>. Coinvolgimento nell'applicazione della Costituzione, ma non al punto in cui, per applicare la Costituzione, si disapplica la legge. Qui deve entrare in campo la Corte costituzionale per mezzo della questione di costituzionalità. Questo è il punto d'equilibrio che deve essere salvaguardato e, se e in quanto lo sia, non si può parlare di «sindacato diffuso» e di travalicamento nei poteri riservati alla Corte costituzionale.

<sup>78</sup> Anzon, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale*, cit., p. 1085; Rescigno, *Interpretazione costituzionale*, cit.

<sup>79</sup> M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 418 ss.

<sup>80</sup> Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., che denuncia l'uso eccessivo delle pronunce d'inammissibilità le quali finiscono necessariamente per alimentare l'attivismo dei giudici comuni, al posto dell'attività della Corte.

<sup>81</sup> R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione*, relazione al Convegno annuale AIC, «La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa», tenutosi a Roma, 27-28 ottobre 2006, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic2006/bin](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic2006/bin).

Invece di parlare di «sindacato diffuso» per bollare l'interpretazione conforme dei giudici – di per sé uno strumento non conflittuale ma cooperativo con i poteri della Corte nell'assicurare la circolazione dei principi e dei valori costituzionali nelle vene dell'ordinamento giuridico –, si tratta di prendere sul serio l'espressione: diritto come cura di molti. «I molti» sono il legislatore, i giudici, la Corte costituzionale: il legislatore che pone la legge, *sotto* la Costituzione; i giudici che l'interpretano e l'applicano *secondo* la Costituzione; la Corte che eventualmente l'annulla quando è *contro* la Costituzione. Tutti hanno il loro posto, anche se tutti possono andare fuori posto. Ma, in tal caso, sono previsti rimedi, in un sistema circolare di condizionamenti: la sentenza del giudice è sottoposta al controllo della Corte di cassazione che, in ultima istanza deve assicurare l'uniformità della giurisprudenza; l'interpretazione consolidata della legge non sfugge al controllo della Corte costituzionale, nella forma del diritto vivente; l'interpretazione della legge, che venga dai giudici comuni o dalla Corte costituzionale, è a sua volta superabile dal legislatore per mezzo di leggi d'interpretazione del diritto vigente, a loro volta ricadenti nella «macchina delle interpretazioni» e dei controlli, secondo il moto circolare anzidetto. Su tutto, però – almeno fino a che non intervenga il legislatore con la sua parola definitiva, cioè con la legge di revisione costituzionale che tutto il vecchio travolge in vista del nuovo – domina la dichiarazione d'incostituzionalità della legge come tale, dichiarazione che pone fine a quel moto circolare. Questo è il monopolio della Corte, che le questioni d'interpretazione non possono mettere fuori gioco.

La polemica contro l'interpretazione conforme e contro la giurisprudenza della Corte che incoraggia i giudici su quella strada è in realtà dettata, più che dall'esigenza di salvaguardare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi, dalla preoccupazione per la certezza del diritto, insidiata dai principi e dai valori della Costituzione. In questo contesto può essere letta la recente decisione della Corte costituzionale in cui afferma a chiare lettere che «le violazioni dei diritti della persona [siano essi contenuti nella Carta costituzionale, siano essi contenuti nella Carta di Nizza, «di impronta tipicamente costituzionale»] postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)» (sent. n. 269 del 2017). Una decisione che certamente segna un ritorno al ruolo centrale della Corte costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali con conseguenti effetti *erga omnes* (così volutamente riducendo gli ambiti di quella tutela necessariamente circoscritta al solo caso concreto, di cui l'interpretazione conforme alla Costituzione e alle norme sovranazionali sono espressione)<sup>82</sup>; ma che al contempo in qualche misura chiude la via all'applicazione diretta sia delle disposizioni costituzionali che di quelle sovranazionali attinenti ai diritti. Il che denota l'assunzione da parte della Corte di una preoccupazione certamente legittima, non però «di diritto», ma «di politica del diritto».

<sup>82</sup> A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in «Rivista AIC», n. 4, 2017; T.E. Epidendio, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la «crisi» del diritto penale tra le Corti*, in «Diritto penale contemporaneo», 28 settembre 2017.

## PARTE IV. INTERPRETAZIONE E MANIPOLAZIONE DELLA LEGGE

**10. Le sentenze interpretative, di accoglimento e di rigetto. La «doppia pronuncia»**

Le decisioni che la Corte costituzionale adotta per separare le interpretazioni (o le norme) incostituzionali da quelle non incostituzionali sono le sentenze interpretative.

Esteriormente, le sentenze interpretative si riconoscono dal dispositivo: il rapporto di conformità o non-conformità della disposizione legislativa alla Costituzione è dichiarato non in assoluto, ma *in quanto* alla disposizione si dia un certo significato, ovvero *nei sensi e nei modi* interpretativi chiariti nella motivazione.

La formula «nei sensi di cui in motivazione» contenuta nel dispositivo è segno sicuro della natura interpretativa della decisione. Tuttavia, questa natura – cui corrisponde la necessità di ricorrere alla motivazione per comprenderne la portata – non dipende necessariamente da quella formula, che può anche mancare. Occorre porre mente all'intera decisione: è dall'unità dispositivo-motivazione che se ne può trarre il significato (in particolare, nel caso di rigetto della questione)<sup>83</sup>. Talora, la formula interpretativa non si utilizza così da evidenziare che il giudice *a quo* avrebbe potuto giungere alla stessa soluzione della Corte se avesse fatto uso, fino in fondo, delle possibilità dell'interpretazione.

Esiste una duplice possibilità. Come la Corte può basarsi sulla norma non difforme dalla Costituzione per respingere la questione di costituzionalità (*sentenza interpretativa di rigetto*), così può basarsi sulla norma contraria alla Costituzione per accogliere la questione (*sentenza interpretativa di accoglimento*).

Si deve aggiungere che le decisioni «interpretative di accoglimento», se si guarda all'esteriorità, sembrano essere cadute in disuso. Nella pratica, esse sono sostituite dalle «decisioni di accoglimento parziale» che, nel dispositivo riportano la formula: la legge è «incostituzionale nella parte in cui...», dove «la parte» non è la parte della disposizione (cioè delle parole che la compongono), ma è «la parte dei significati» che viene qualificata come incostituzionale. La formula è cambiata, ma la sostanza no.

La «doppia pronuncia». Sentenze interpretative di rigetto e di accoglimento (o di accoglimento parziale, nel senso anzidetto) possono considerarsi due facce della stessa medaglia, due facce interscambiabili per perseguire lo stesso risultato: l'accantonamento dalla pratica applicativa

<sup>83</sup> L'invito a evitare i dispositivi privi della formula d'interpretazione, quando la decisione, nella sostanza, lo è, proviene da più voci: A. Anzon, *Interpretazione «corretta» e interpretazione «conforme a Costituzione» del regime delle rogatorie internazionali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2002, p. 2428; F. Benelli, *Si scrive «manifesta infondatezza», ma si legge «interpretativa di rigetto»*. (A proposito del ruolo strategico delle interpretative nel giudizio in via di azione), in «Le regioni», II, 2001, p. 783; L. Elia, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2002, pp. 3688 ss.; R. Guastini, *Interpretazione estensiva o applicazione analogica?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2001, pp. 2032 ss.

della norma incostituzionale e l'utilizzazione della legge esclusivamente nella sua interpretazione conforme alla Costituzione<sup>84</sup>. Anzi, questi due tipi di sentenze appaiono l'espressione di un unico fenomeno. Ciò si comprende quando si pensi che nelle sentenze interpretative di rigetto si trovano due affermazioni: che la norma *a* tratta dal testo *x* non contrasta con la Costituzione; che la norma *b* tratta dallo stesso testo *x*, viceversa, la viola. Dunque: una «doppia pronuncia», anche se solo *in nuce*. Il dispositivo della sentenza di rigetto mette in luce il primo lato della medaglia e lascia in ombra il secondo; lato, quest'ultimo, che viene in evidenza quando, sulla stessa questione, la Corte adotta un dispositivo interpretativo di accoglimento, ponendo cioè in essere esplicitamente l'«altra metà» della pronuncia.

I casi classici iniziali sono rappresentati dalle sentenze n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961 sull'art. 2 del *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza* e le sentenze n. 11 e n. 52 del 1965 sull'art. 392 del codice di procedura penale allora vigente (in tema di diritti della difesa)<sup>85</sup>. Altro caso è rappresentato dalle sentenze n. 42 e n. 44 del 1961 e n. 92 del 1962, cui è seguita l'altra metà, costituita dalla sentenza n. 93 del 1965, in tema di contenzioso elettorale comunale e provinciale. Questa pratica derivava dalla scarsa incidenza sulla giurisprudenza comune delle decisioni interpretative di rigetto e della maggiore incidenza di quelle di accoglimento, alle quali si ricorreva quando le prime non avevano raggiunto il loro scopo pratico. Oggi, in presenza di una maggiore collaborazione tra giurisdizioni non costituzionali e giurisdizione costituzionale, questa tecnica è caduta in disuso<sup>86</sup> (ma nulla esclude che, all'occorrenza, possa ritornare in vita, come dimostra la vicenda chiusasi con la sent. n. 299 del 2005, ricordata in seguito).

*Effetti diversi dei due tipi di pronunce.* Il passaggio da un tipo di pronuncia all'altro (e quindi la tecnica della «doppia pronuncia») si spiega per la diversa efficacia propria dei due tipi di decisione. Malgrado tutti gli sforzi ricostruttivi che sono stati fatti<sup>87</sup>, alle sentenze interpretative di ri-

<sup>84</sup> Il doppio, simmetrico, aspetto risultava con maggiore evidenza nella costruzione a suo tempo avanzata da M. Cappelletti, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, in «Rivista di diritto processuale», 1957, pp. 88 ss.: le sentenze interpretative possono essere concepite come sentenze condizionali o ipotetiche, nelle quali la decisione consiste in un doppio «se..., allora...». Se la legge non è interpretata in un certo modo, allora non è incostituzionale, ma se, al contrario, è interpretata in un certo altro modo, allora è incostituzionale. Secondo questa concezione della decisione interpretativa (su cui V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei confronti con l'interpretazione giudiziaria*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1956, pp. 929 ss.), le due facce sarebbero incorporate in un'unica pronuncia. Ma questa tecnica di decisione e il lessico corrispondente non hanno preso piede nella pratica.

<sup>85</sup> G. Conso, *La «doppia pronuncia» sulle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria: struttura e efficacia*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1965, pp. 1129 ss.

<sup>86</sup> E. Lamarque, *Il seguito giudiziario delle decisioni della Corte costituzionale*, in E. Malfatti, R. Romboli ed E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 242 ss.

<sup>87</sup> Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 54; Elia, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., pp. 1717 ss.; Id., *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, cit., pp. 946 ss.; Id., *Quattro note sulla Corte costituzionale*, cit., pp. 277 ss.; e A. Ruggeri, *Storia di un «falso». L'efficacia «inter partes» delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990.



getto, in quanto «di rigetto», non si è riusciti a conferire un valore formalmente e direttamente vincolante in generale, ma solo, semmai, un valore persuasivo e quindi liberamente apprezzabile da parte dei destinatari della decisione. Ciò non significa, però, che le sentenze interpretative di rigetto non valgano nulla. Esse sono espressione del principio di unità sistematica dell'ordinamento, che richiede che alle leggi sia attribuito il significato che ne consenta l'armonica integrazione con i contenuti costituzionali, in funzione «adeguatrice» delle prime ai secondi. Poiché tale interpretazione sistematica è doverosa per tutti (per i giudici comuni prima ancora che per la Corte costituzionale), si comprende come all'adeguamento della legge alla Costituzione dovrebbero giungere tutti coloro che hanno a che fare con problemi interpretativi e applicativi della legge, per proprio conto<sup>88</sup>. Se, però, la Corte costituzionale è chiamata in causa da giudici che ritengano non manifestamente infondato il dubbio sulla costituzionalità della legge come tale, le sue indicazioni circa il modo costituzionalmente corretto di interpretarla varranno almeno come precedente autorevole cui spetta, invece che una forza legale<sup>89</sup>, una forza di fatto, derivante dalla capacità persuasiva che i suoi argomenti riescono a suscitare<sup>90</sup>.

È, però, da aggiungere che le sentenze interpretative di rigetto sono fornite di quest'altro sostanziale valore (che può assumere un aspetto anche formale, quando il giudice *a quo* deve necessariamente dar conto espressamente dei propri convincimenti): orientare vincolativamente la valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, tutte le volte che essa venga riproposta sulla stessa legge, su iniziativa di parte. Se il giudice si adegua all'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale, *nulla quaestio*. Ma se intendesse invece adottare l'interpretazione dalla Corte esclusa perché incostituzionale, egli non potrebbe ragionevolmente ritenere manifestamente infondata la questione riproposta e dovrebbe perciò rimetterla alla Corte costituzionale per una nuova decisione. Essa sarebbe così nelle condizioni di rivedere eventualmente la propria posizione, accogliendo come «vera» (ma erronea) l'interpretazione incostituzionale e pronunciando così una decisione interpretativa di accoglimento, nella logica della «doppia pronuncia». Un vincolo, dunque, dovrebbe pur derivare dalle sentenze interpretative di rigetto: vincolo non diretto, nel senso dell'obbligatoria esclusione dall'ordinamento della norma ritenuta incostituzionale (ma non annullata) o dell'inclusione del solo significato ritenuto conforme alla Costituzione; ma indiretto, nel senso dell'obbligo di risollevare la questione di costituzionalità ogniqualvolta si ritenga di dare alla legge il significato che la Corte ha escluso<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> F.P. Bonifacio, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, p. 53.

<sup>89</sup> A. Pizzorusso, *Le motivazioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1963, pp. 351 ss., e Id., *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2011, p. 541.

<sup>90</sup> Secondo l'auspicio di Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., p. 987, nell'ambito di uno spirito cooperativo delle giurisdizioni, al di là della forza formale delle decisioni della Corte.

<sup>91</sup> Così, V. Crisafulli, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1965, pp. 91 ss.; Elia, *Sentenze «interpretative»*

Al contrario delle sentenze interpretative di rigetto, quelle di accoglimento, in quanto di accoglimento, sono da considerare per tutti vincolanti (hanno «forza di giudicato»), anche se, rimanendo immutata la formula legislativa, sarebbe astrattamente possibile immaginare che i giudici comuni, rivendicando a sé una piena capacità interpretativa delle disposizioni legislative secondo l'art. 101, secondo comma, Cost., pretendano di trarre comunque tutti i significati che appaiono loro plausibili, dal testo immutato. Ciò, tuttavia, non avviene e i giudici si assoggettano alle pronunce d'incostituzionalità, ancorché interpretative. Tuttavia, ove ciò non avvenisse, la Corte non sarebbe priva di strumenti di reazione, potendo alla successiva occasione, di fronte a orientamenti interpretativi dei giudici comuni in contrasto con i propri, adottare il più «forte» degli strumenti a propria disposizione, la decisione di accoglimento pura e semplice. In tal caso, se il mantenimento in vita della disposizione, privata del veleno incostituzionale, risultasse impossibile per la mancata adesione dell'autorità giudiziaria, si imporrebbe la più drastica delle decisioni, cioè il passaggio dal rigetto (interpretativo) all'accoglimento puro e semplice (un esempio è la sent. n. 49 del 1971, rispetto alla precedente n. 9 del 1965<sup>92</sup>).

*Sequenza graduata degli strumenti decisori.* La Corte, per assicurare prevalenza della Costituzione sulla legge nell'attività dei giudici, ha così a disposizione una serie di strumenti, graduati nella loro intensità:

a) le pronunce di rigetto interpretative, adottate per orientare la giurisprudenza comune, quando non esista un consolidato atteggiamento interpretativo, che dia luogo a un «diritto vivente» incostituzionale. Con la sentenza interpretativa di rigetto, la Corte «propone» la sua interpretazione stabilendo un proprio precedente, per contribuire alla formazione di interpretazioni giurisprudenziali conformi alla Costituzione, quando il lavoro dei giudici sia in corso;

b) le pronunce di accoglimento interpretative, che la Corte adotta per completare il meccanismo della doppia pronuncia, particolarmente quando vi sia una norma vivente incostituzionale da eliminare, pur lasciando vivere la disposizione (decisioni spesso mascherate nella forma dell'«accoglimento parziale»);

c) le pronunce di accoglimento puro e semplice, le quali eliminano ogni possibilità di incertezza, ma a un prezzo elevato: l'eliminazione della legge nella sua integralità, con la conseguente creazione di un vuoto legislativo.

La sequenza anzidetta si spiega con l'idea della «soluzione meno incidente», quando è possibile operare interpretativamente (ciò che non è, quando vi sia corrispondenza una disposizione-una norma). La scelta di queste forme è un problema di politica giudiziaria, strumentale all'affermazione dei valori di sostanza che la Corte intende promuovere e dipende

*di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., p. 1719; T. Liebman, *Legge e interpretazione nel giudizio costituzionale*, in «Rivista di diritto processuale», 1966, p. 577.

<sup>92</sup> A. Pizzorusso, *Dalle «doppie pronunce» alle decisioni overruling*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1971, p. 527.

essenzialmente dal grado di collaborazione che essa è in grado di ottenere dai giudici comuni. Dal rigetto interpretativo all'accoglimento si passa quando occorre superare la rivendicazione da parte dei giudici comuni e, prima di tutti, della Corte di cassazione, della pienezza dei loro poteri d'interpretazione della legge anche contro la Costituzione.

Due vicende – l'una risalente alla metà degli anni Sessanta del secolo scorso e l'altra all'inizio degli anni Duemila – mostrano che la collaborazione non è assicurata una volta per tutte. Esse dimostrano che l'autorità giudiziaria, talora, è più propensa ad accettare decisioni costituzionali d'annullamento della legge che non decisioni d'interpretazione, queste ultime considerate più intrusive delle prime nelle proprie prerogative. La Corte di cassazione, quando il confronto-scontro si fa palese, non accetta che la Corte costituzionale si ponga nei suoi confronti come una sorta di «supergiudice», intromettendosi nell'interpretazione della legge ch'essa ha dato<sup>93</sup>.

La prima vicenda prese avvio con la sentenza n. 127 del 1966, interpretativa di rigetto, relativa agli effetti sulla validità di atti processuali in giudizi penali in corso, nel momento dell'annullamento della legge che li disciplinava. Si trattava di garanzie dei diritti della difesa. All'incidenza della pronuncia della Corte sulla validità di tali atti – incidenza sostenuta dalla Corte costituzionale in base all'interpretazione degli artt. 136 della Costituzione e 30 della legge n. 87 del 1953, la Corte di cassazione opponeva il principio (non costituzionale) del *tempus regit actum*<sup>94</sup>. Alla fine di una serie di pronunce in conflitto (sent. nn. 49 del 1970 e 62 del 1971: si parlò di «guerra delle due Corti»<sup>95</sup>) dovette intervenire il legislatore, imponendo con forza di legge ciò che la Corte costituzionale, invano, aveva cercato di far accettare al giudice di legittimità con la forza delle sue sentenze. La Corte aveva vinto la guerra, quanto ai contenuti, ma l'aveva persa, quanto ai mezzi per combatterla.

Altrettanto significativa la seconda vicenda; anzi, ancor più significativa, perché le due Corti concordavano nel merito. Il contrasto riguardava esclusivamente l'ammissibilità del mezzo<sup>96</sup>. Si trattava del computo dei termini massimi della custodia cautelare nel processo penale. La Corte costituzionale, in un'interpretativa di rigetto, aveva ricostruito la legge processuale in modo tale da salvaguardare il principio costituzionale della durata ragionevole della privazione della libertà prima della condanna definitiva e, su questa base, aveva dichiarato infondata la questione sollevata dalla Corte di cassazione (sent. n. 292 del 1998). Punta sul vivo dalla dichiarazione d'infondatezza, quest'ultima si rifiutò di accedere all'interpretazione data dalla Corte costituzionale e, sostenendo che il tenore della legge processuale non consentiva quell'interpretazione sulla cui base la Corte costituzionale aveva respinto la questione, proponeva ripetutamente la medesima questione, che la Corte costituzionale, a sua volta, respingeva (per infondatezza – ord. n. 429 del 1999 – e per inammissibilità – ord. nn. 214 e 529 del 2000; 243 e 335 del 2003; 59 del 2004). Alla fine, la Corte costituzionale capitò, battendo in

<sup>93</sup> Elia, *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, cit., pp. 953 ss.

<sup>94</sup> Ricostruzione del contrasto *ibidem*.

<sup>95</sup> N. Assini, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la guerra delle due Corti*, Milano, Giuffrè, 1973.

<sup>96</sup> R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, cit., pp. 683 ss., e in M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, Giappichelli, 2009.

ritirata e dichiarando l'incostituzionalità della legge come la Corte di cassazione aveva fin dall'inizio richiesto (sent. n. 299 del 2005). Fu un episodio di giustizia costituzionale «da manuale», in cui trovarono applicazione la dottrina del diritto vivente e la tecnica della doppia pronuncia. Quanto al diritto vivente, la Corte, nell'ultima sentenza riassunse così il corso della vicenda, affermando di avere «applicato il principio di astenersi [*sic*] dal pronunciare una dichiarazione di illegittimità sin dove è stato possibile prospettare un'interpretazione della norma censurata conforme a Costituzione, anche al fine di evitare il formarsi di lacune nel sistema, particolarmente critiche quando la disciplina censurata riguarda la libertà personale». Il consolidarsi di un indirizzo contrario alla soluzione interpretativa ritenuta dalla Corte costituzionalmente obbligata aveva però portato a escludere la proponibilità di ulteriori decisioni interpretative, costringendo la Corte alla declaratoria di incostituzionalità della norma vivente, portando a conclusione la tecnica della doppia pronuncia.

### 11. Decisioni d'inammissibilità per carenza d'interpretazione conforme

L'interpretazione conforme è un obbligo che grava su tutti i giudici, innanzitutto sul giudice che solleva la questione di costituzionalità. In difetto, la questione medesima è dichiarata inammissibile per carenza d'interpretazione conforme: una causa d'inammissibilità in cui procedura (motivazione dell'ordinanza) e merito (fondatezza) della questione si confondono<sup>97</sup>.

*Lo spazio delle sentenze interpretative.* Poiché, come s'è detto, la violazione dell'obbligo d'interpretazione conforme che grava (anche) sul giudice *a quo* è sanzionata con dichiarazione d'inammissibilità della questione, lo spazio per le sentenze interpretative della Corte costituzionale, in quanto presuppongono l'ammissibilità della questione, sembra pregiudicato<sup>98</sup>. In effetti, ogni decisione d'inammissibilità per difetto d'interpretazione conforme in più si traduce in una possibile decisione interpretativa in meno. Ma, riduzione non significa eliminazione.

L'inammissibilità per difetto d'interpretazione conforme si giustifica quando sul terreno esistono interpretazioni plurime: o perché risultano con evidenza, oppure perché sono offerte dalla giurisprudenza (comune e costituzionale) o anche dalla dottrina cui si riconosca autorità. Di tale pluralità, talora lo stesso giudice *a quo* dà atto nell'ordinanza che solleva la questione, senza scegliere o, addirittura, scegliendo quella che, a suo stesso dire, contrasta con la Costituzione. Questi sono i casi d'inammissibilità che sostituiscono le decisioni interpretative che la Corte avrebbe preso se l'interpretazione conforme fosse concepita come compito solo suo e non anche, prima ancora, del giudice rimettente.

L'inammissibilità per difetto d'interpretazione conforme non si giustifica, invece, quando le alternative interpretative sono solo astratte possibilità che stanno solo nella mente della Corte costituzionale. La Corte non

<sup>97</sup> Si parla di decisioni interpretative di inammissibilità, secondo l'espressione utilizzata da E. Lamarque, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?», in «Giurisprudenza costituzionale», 1996, pp. 3107 ss.*

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 3110.

è una Pizia che dà oracoli da decrittare. Non si potrebbero immaginare dichiarazioni d'inammissibilità motivate solo perché astrattamente esistono possibilità d'interpretazione alternative, senza che si dica quali, quasi come in un indovino che il giudice debba risolvere. In termini diversi: se le alternative sono aperte sol che le si voglia guardare e il giudice *a quo* non le ha viste, allora inammissibilità della questione; se non lo sono o, meglio, se sono viste solo dalla Corte, allora sentenza interpretativa.

La Corte costituzionale, infatti, afferma ripetutamente che il fatto che sia rinvenibile «un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità» (sent. nn. 180 e 42 del 2017; 219 e 204 del 2016; 221 del 2015). «L'enunciazione, da parte del giudice *a quo*, di argomenti testuali, logici, sistematici e storici denota che è stato esperito in concreto un tentativo di utilizzare tutti gli strumenti interpretativi per saggiare la possibilità di esegesi alternative, eventualmente conformi a Costituzione» (sent. n. 69 del 2017): tanto basta per escludere l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per difetto di un'adeguata verifica della possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione oggetto del giudizio, e consentire alla Corte di esaminare il merito della questione sottoposta al suo esame.

Il giudice *a quo*, dunque, deve prendere posizione e ciò rende ammissibile la questione ch'egli solleva; la Corte non è vincolata dall'interpretazione proposta, ma può decidere assumendo una diversa interpretazione conforme, contribuendo così a scacciare le interpretazioni non costituzionali che l'insidiano. Lo spazio delle decisioni interpretative, dunque, è ridotto, ma tutt'altro che eliminato dalle questioni inammissibili per difetto d'interpretazione conforme<sup>99</sup>. Con questo tipo di decisioni la giurisprudenza costituzionale contribuisce alla «fabbrica delle interpretazioni», immettendo in essa il suo contributo di matrice costituzionale: un contributo particolarmente autorevole, data la fonte, per l'appunto costituzionale, da cui proviene. Questo contributo può darsi, inoltre, non solo quando si tratti di suggerire interpretazioni nuove, ma anche quando vi siano interpretazioni in contrasto.

*Inammissibilità per ragioni di merito.* Il discrimine tra i due strumenti decisori – inammissibilità per difetto d'interpretazione conforme e decisione interpretativa – è, tuttavia, evanescente. Quando la Corte dice al giudice *a quo*: hai sollevato la questione in base a una certa interpretazione della legge, ma non hai preso in considerazione un'altra possibile interpretazione, dà un'evidente indicazione di merito. Non si darebbe una tale indicazione se la possibile alternativa interpretativa fosse dalla Corte considerata incostituzionale. Dunque: il giudice *a quo* denuncia l'incostituzionalità di una legge perché l'interpreta in un certo modo; la Corte

<sup>99</sup> Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, cit.

risponde che esiste altra interpretazione che il giudice non ha esplorato. Non è come dire che questa seconda è l'interpretazione da preferire? A questo punto, il giudice può o aderire all'interpretazione suggerita, e tutto finisce qui; oppure, può non seguire l'indicazione ricevuta e, insistendo sulla sua originaria interpretazione, dopo avere motivato la sua costanza, dovrà allora risollevarla la questione. Ma, questa duplicità e alternatività di conseguenza non sono esattamente ciò che accade in ogni caso di decisione interpretativa di rigetto: seguire o risollevarla?

*Effetti preclusivi o riproponibilità della questione di legittimità costituzionale.* Le decisioni d'inammissibilità per difetto d'interpretazione conforme (siano contenute in sentenze o in ordinanze) sono pronunce processuali, dal punto di vista formale; contengono anche un'indicazione di merito, e quindi presentano un aspetto sostanziale. Questa natura duplice solleva la domanda circa la loro efficacia nei confronti del giudice *a quo*: se decisioni processuali, nessuna preclusione alla riproposizione della questione, una volta sanato il vizio con una motivazione adeguata dalla quale risulti l'aver considerato, ma per escluderle, le altre opzioni interpretative; se decisioni sostanziali, divieto di riproposizione sulla base della medesima interpretazione, per quanto adeguatamente motivata sia, in questa seconda occasione, la preferenza data a questa invece che ad altra.

La risposta non è semplice. Tuttavia, è da considerare che l'indicazione di merito – l'esistenza d'altra interpretazione possibile – è, secondo la logica di questi tipo di pronunce, niente più che un suggerimento. L'inammissibilità non deriva dal non aver aderito a quest'altra interpretazione, ma dal non averla presa in considerazione, sia pure per scartarla. Tale mancata «presa in considerazione», nella quale si sostanzia il difetto di interpretazione conforme, è certamente rimediabile, onde sarebbe irragionevole non considerare il giudice *a quo* legittimato, se non addirittura obbligato, a riproporre la questione di legittimità con la necessaria motivazione.

Questa sembra la risposta alla domanda circa l'efficacia di questo genere di decisioni processuali. Si deve però considerare il caso, non infrequente, di uso strumentale della questione di costituzionalità, non per risolvere il dubbio di costituzionalità del giudice che solleva la questione, ma per contrastare un indirizzo giurisprudenziale che il giudice stesso non condivide. Egli è perfettamente legittimato a discostarsene, perché il diritto vivente – s'è visto – non lo obbliga: se solleva questione alla Corte non è, allora, per sottrarsi al dover applicare una legge incostituzionale, ma per costringere gli altri giudici a seguire il proprio orientamento, corroborandolo col conforto e con la forza d'una sentenza costituzionale. Questo è il caso in cui è chiaro l'indirizzo giurisprudenziale che il giudice non condivide (spesso dandone conto nell'ordinanza che solleva la questione) e che, pur non condividendolo, egli assume come proprio per poter sollevare la questione, usata in tal caso non per liberare sé stesso ma per piegare gli altri: un abuso della questione costituzionale che non può essere trasformata in strumento di lotta interna agli indirizzi giuri-

sprudenziali delle giurisdizioni comuni<sup>100</sup>. In casi di tal genere, in realtà non si tratta di difetto d'interpretazione conforme che si possa sanare<sup>101</sup>; si tratta di un caso di abuso delle forme cui non si può porre rimedio. La non-riproponibilità della questione dipende perciò non dalla forza preclusiva della pronuncia d'inammissibilità della Corte<sup>102</sup>, ma da un difetto intrinseco di quest'uso della questione d'incostituzionalità.

## 12. Le decisioni manipolative. Tipologie

*Manipolare è diverso da interpretare.* La possibilità di pronunce che incidono sulle norme, scindendole dalle disposizioni, ha aperto alla giurisprudenza costituzionale altre prospettive e le ha consentito la creazione di altri, originali, strumenti di decisione non previsti dalla Costituzione e dalla legge, che operano al di là della scelta entro la pluralità di interpretazioni possibili (ciò che giustifica il ricorso alle decisioni interpretative). Si ha qui a che fare con un insieme di tecniche di decisione che si sono dette *manipolative* per sottolineare che il loro scopo è la *trasformazione*, invece che l'eliminazione della legge o la sua interpretazione conforme alla Costituzione.

«*Manipolativo*» come «*ricostruttivo*». «Manipolare», «manipolazione», «manipolativo» sono parole entrate nell'uso<sup>103</sup>, con quel tanto di significato negativo che portano con sé, tanto più in quanto accostato a una funzione di giustizia, dove la manipolazione, qualsiasi cosa significhi, dovrebbe essere esclusa. Manipolare e

<sup>100</sup> G.P. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 113.

<sup>101</sup> Sul tema si veda L. Carlassare, *Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale», in onore di Vezio Crisafulli*. I: *Sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, pp. 138 ss.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 120 ss.; R. Romboli, *Carattere preclusivo delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale, errori di fatto e ammissibilità della revocazione*, in «*Rivista di diritto procedurale*», 1989, pp. 1130 ss.

<sup>102</sup> L. Carlassare, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte Costituzionale*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche del giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 43; E. Lamarque, *Il seguito alle decisioni della Corte costituzionale*, in Malfatti, Romboli e Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, cit., p. 230; L. Pesole, *Sull'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale: i più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in «*Giurisprudenza costituzionale*», 1992, pp. 1566 ss.; R. Romboli, *Decisioni di inammissibilità o fondate su errori di fatto e limiti alla riproposizione da parte del giudice «a quo» della stessa questione nel corso del medesimo giudizio*, in Aa.Vv., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 172; C. Salazar, *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice «a quo» e le pronunce di inammissibilità*, in Romboli (a cura di), *Il processo costituzionale*, cit., c. 147.

<sup>103</sup> Per questa terminologia, L. Elia, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 1965, p. 562; A. Guarino, *Le sentenze costituzionali manipolative*, in «*Diritto e giurisprudenza*», 1967, pp. 433 ss.; Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, cit., pp. 64 ss. L'espressione, evidentemente atecnica, è entrata anche nell'uso della Corte costituzionale: per esempio sentenza n. 224 del 1984.

alterare sono quasi sinonimi. «Sentenze manipolative» è espressione che ha avuto successo. Essa viene dal tempo in cui ci s'interrogava sulla legittimità di questo tipo di decisioni. Oggi, quel tempo è superato. Sarebbe più propria, anche se meno suggestiva, l'espressione «sentenze ricostruttive». Ma, tant'è. Il linguaggio ha la sua forza d'inerzia. Bisogna solo essere consapevoli delle suggestioni che contiene.

Accertata la fondatezza della questione di legittimità costituzionale, con le decisioni manipolative la Corte *dichiara l'illegittimità della legge* ridefinendone in vario modo la portata normativa: onde la legge esce dal controllo di costituzionalità non interpretata, ma modificata («manipolata») secondo ciò che la Costituzione richiede. Formalmente la pronuncia cade sul testo, ma non con scopi distruttivi e nemmeno interpretativi, bensì con scopi, per l'appunto, ricostruttivi.

*Tipologie.* Le decisioni manipolative possono distinguersi in diverse specie.

a) *Decisioni di accoglimento parziale.* Tali decisioni consistono nella dichiarazione di incostituzionalità di parti della portata normativa di una disposizione, quando essa si presta a essere suddivisa in «parti», alcune delle quali in contrasto con la Costituzione e altre non in contrasto. Esse sono decisioni di scissione di norme. Il testo resta uguale, ma non può più produrre tutto il contenuto normativo di cui in precedenza era capace. Queste decisioni si riconoscono esteriormente perché il loro dispositivo indica l'oggetto della dichiarazione d'incostituzionalità nella disposizione legislativa *nella parte in cui* significa una certa cosa.

► *Esempio.* Questo genere di decisioni inizia a essere frequente a partire dalla metà degli anni Sessanta del secolo scorso<sup>104</sup>. In precedenza, si mirava allo stesso risultato attraverso le sentenze interpretative di accoglimento, fingendo l'esistenza di due interpretazioni della disposizione, una restrittiva e l'altra estensiva, e colpendo d'incostituzionalità la legge *in quanto* interpretata nel secondo modo. Le «vere» sentenze di accoglimento parziale corrispondono non a una visione «alternativa» dei significati della legge ma, per così dire, a una «progressiva»: si dichiara l'incostituzionalità di ciò che progredisce oltre un certo limite che la Costituzione impone, invece, di non oltrepassare. Un esempio: la sentenza n. 315 del 2011 dichiara l'incostituzionalità di una norma di legge della Regione Liguria nella parte in cui consente la caccia nelle cosiddette «aree contigue» anche a soggetti non residenti nelle aree medesime. Tale decisione si basa sulla *ratio* seguente: l'articolo censurato stabilisce quali cacciatori abbiano il diritto di accesso negli ambiti territoriali di caccia e, secondo una sua interpretazione sistematica, tale diritto è previsto anche per i cacciatori non residenti nelle aree. Tale estensione, però, contrasta con la legge nazionale che rimette alle Regioni la disciplina dell'esercizio della caccia nelle aree contigue, «soltanto nella forma della caccia controllata, riservata ai soli residenti dei comuni dell'area naturale protetta e dell'area contigua». Il raffronto tra le discipline evidenzia il contrasto, un contrasto che, come spiega la Corte, non è possibile superare attraverso l'interpretazione conforme. Il che giustifica l'adozione dell'accoglimento parziale.

<sup>104</sup> La teorizzazione è di G. Branca, *L'illegittimità parziale nelle sentenze della Corte costituzionale*, in Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 57 ss.



Le decisioni di accoglimento parziale, relative alla portata normativa di un testo, non devono confondersi con l'affatto diverso caso delle decisioni che sono parziali perché colpiscono solo parti di testi (sentenze parziali dal punto di vista testuale). Questo secondo tipo di decisioni «parziali» (con le quali si dichiara l'incostituzionalità di una legge, *limitatamente alle parole...*) incide sulle disposizioni non facendo cadere l'intero disposto legislativo, ma modificandolo, anche molto profondamente, attraverso la caducazione di parti del testo. Anzi, esse seguono la via maestra della modifica del significato (della norma) attraverso la modifica della formulazione testuale. A buon diritto, queste pronunce devono ricomprendersi perciò tra quelle manipolative. Talora possono assumere rilevante portata innovativa: l'eliminazione di una clausola negativa o restrittiva può comportare la creazione di norme originariamente non volute dal legislatore. Dal punto di vista degli effetti, tali pronunce possono assimilarsi a quelle indicate al punto successivo.

► *Esempi.* L'art. 724, primo comma, c.p. prevedeva come reato «chi pubblicamente bestemmia, con invettive e parole oltraggiose, contro la divinità o i simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato» (da intendersi come religione cattolica). La sentenza n. 440 del 1995 ha ritenuto di «depurare [la norma] del riferimento a una sola fede religiosa, per tutelare in modo non discriminatorio un bene [il sentimento religioso] che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse». A questo fine, la norma è stata dichiarata incostituzionale limitatamente alle parole «o i simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato». L'effetto è stato, per una parte, limitativo (il riferimento ai simboli e alle persone); per un'altra parte, estensivo (il riferimento alla divinità senza qualificazioni). Analogamente, nella sentenza n. 185 del 2015, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 4 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, limitatamente alle parole «è obbligatorio», così trasformando un automatismo sanzionatorio previsto in casi di recidiva in un dovere per il giudice di accertare in concreto se, in rapporto ai precedenti, il nuovo episodio delittuoso sia indicativo di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo. Oppure si pensi ancora alla sentenza n. 193 del 2017, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Provincia autonoma di Bolzano «nella parte in cui prevede che, tra i chiamati alla successione nello stesso grado, ai maschi spetta la preferenza nei confronti delle femmine». È evidente la capacità innovativa che le sentenze d'incostituzionalità testuale parziali possono possedere.

b) *Decisioni additive.* Le *decisioni aggiuntive* o «additive»<sup>105</sup> sono utilizzate nel caso inverso a quello che dà luogo alle decisioni di incostituzionalità parziale, cioè quando una disposizione ha portata normativa minore di quella che, costituzionalmente, dovrebbe avere. La Corte costituzionale interviene dichiarando incostituzionale la disposizione *nella parte in cui non prevede qualcosa che dovrebbe prevedere*. Ciò che risulta costituzionalmente scorretto, in questi casi, non è un'esplicita previsione negativa

<sup>105</sup> Terminologia di C. Lavagna, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 669 ss.

contenuta nella legge (un'eccezione, una limitazione ecc.): la legge infatti tace. Ma proprio in questo silenzio sta la sua incostituzionalità. La decisione d'incostituzionalità colpisce dunque un'*omissione del legislatore* e da tale dichiarazione di incostituzionalità si trae, come conseguenza, che la norma mancante viene a esistenza.

► *Esempi.* Norme del codice di procedura civile e di quello di procedura penale prevedevano, nella formula del giuramento del testimone, il riferimento all'«importanza religiosa» del giuramento stesso e alla responsabilità che, prestandolo, si assume «davanti a Dio». La sentenza n. 117 del 1979, per garantire i diritti della coscienza delle persone non religiose, ha dichiarato l'incostituzionalità di tali norme «nella parte in cui», dopo aver stabilito l'obbligo di ammonire il teste con quella formula, non contenevano l'inciso «se credente».

Una norma del *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità* del 2001 prevedeva che il periodo di congedo obbligatorio di maternità *post partum* decorresse dalla data del parto: termine di decorrenza che rimaneva immutato anche nel caso, come quello che ha dato adito alla questione di legittimità, in cui il parto avvenisse con un tale anticipo da richiedere un immediato ricovero del neonato presso una struttura ospedaliera pubblica o privata, per periodi anche lunghi. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione nella parte in cui non consente che, negli specifici casi descritti, il congedo obbligatorio possa decorrere dalla data d'ingresso del bambino nella casa familiare, terminato quindi il periodo di ricovero. Ciò sul presupposto che il congedo obbligatorio di maternità è disposto al «fine di tutelare la salute della donna nel periodo immediatamente susseguente al parto, per consentirle di recuperare le energie necessarie per riprendere il lavoro», ma anche al fine di proteggere «il rapporto che in tale periodo si instaura tra madre e figlio, e ciò non solo per quanto attiene ai bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale e affettivo collegate allo sviluppo della personalità del bambino» (sent. n. 116 del 2011).

Un caso tipico di impiego di pronunce aggiuntive è quello in cui la determinazione legislativa risulta incostituzionale in quanto non sufficientemente generale e quindi in contrasto col principio di eguaglianza, razionalità e ragionevolezza. La Corte allora aggiunge la parte di norma che manca, individuando la cerchia di soggetti ai quali una certa disciplina, originariamente prevista per una cerchia più limitata, deve estendersi. Si considerino, per esempio, le decisioni della Corte in materia di trattamento sanitario obbligatorio, con le quali la Corte, dopo aver stabilito, con la sentenza additiva n. 307 del 1990 che i soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati hanno diritto a un indennizzo a carico dello Stato, ha poi esteso il diritto all'indennizzo ad altre categorie di soggetti, per i quali vale la medesima *ratio* di solidarietà sociale (sent. nn. 118 del 1996; 27 del 1998; 423 del 2000; 476 del 2002; 107 del 2012 e, da ultimo, 268 del 2017).

c) *Decisioni sostitutive.* Altro tipo di decisioni manipolative, analogo a quello ora indicato, è rappresentato dalle sentenze sostitutive. Esse sono utilizzate quando la legge prevede una cosa mentre, costituzionalmente, dovrebbe prevederne un'altra. In queste ipotesi, la Corte usa dichiarare l'incostituzionalità della legge in quanto (o nella parte) in cui contiene una certa prescrizione *anziché* un'altra. Dal punto di vista della struttura, queste pronunce contengono una decisione di incostituzionalità della

legge per quel che essa dice, e una decisione aggiuntiva, per quel che essa non dice.

► *Esempi.* Si pensi al caso in cui la Corte, chiamata a giudicare della conformità alla Costituzione dell'art. 251, secondo comma, c.p.c., sulla formula del giuramento nel processo civile, l'ha dichiarato incostituzionale in quanto prevedeva il richiamo alla consapevolezza della responsabilità che, col giuramento, il testimone assume davanti a Dio e agli uomini, anziché il richiamo alla consapevolezza «della responsabilità morale e giuridica» che si assume con la deposizione in giudizio (sent. n. 149 del 1995). Oppure, al caso in cui ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 567, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui prevedeva, per il reato di alterazione di stato civile del neonato mediante sostituzione, la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la più mite pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni prevista per l'ipotesi di alterazione di stato civile mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità nell'atto di nascita del neonato (sent. n. 236 del 2016).

### 13. Problemi di ammissibilità delle decisioni manipolative, in generale

Le sentenze manipolative, in tutte le loro manifestazioni, hanno provocato, con intensità variabile a seconda delle occasioni offerte dalla giurisprudenza, accanite discussioni circa la loro ammissibilità: la funzione positiva o integrativa dell'ordinamento che esse svolgono si porrebbe in pieno contrasto con il compito negativo-eliminativo che spetta alla Corte costituzionale e che si esprime nella dichiarazione di incostituzionalità cui segue la perdita di efficacia della legge, secondo lo schema previsto dall'art. 136 della Costituzione.

A tale discussione si aggiunge quella, che ancora non vede la dottrina unita in una posizione unanime, circa la classificabilità delle sentenze di accoglimento, in generale, e di quelle manipolative, in particolare, tra gli atti normativi e, quindi, tra le fonti del diritto<sup>106</sup>. Che queste decisioni, come del resto tutte quelle di accoglimento, abbiano effetti sull'ordina-

<sup>106</sup> Sul problema, L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, cit., vol. I, pp. 299 ss.; con oscillazioni, Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 407; Id., in N. Occhicupo (a cura di), *Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 84; Id., *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1967, pp. 1 ss.; Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 539; Id., *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in «Politica del diritto», 1987, p. 139; A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1960, pp. 44 ss.; A. Spadaro, *Di una Corte che non si limita ad «annullare» le leggi, ma «corregge» il legislatore e, dunque, «scrive» - ... o «riscrive» per intero - le leggi (il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in A. Ruggieri e G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 337 ss. M. Cappelletti, *La Corte costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario*, in «Rivista di diritto procedurale», 1981, pp. 615 ss., giudica la discussione priva di senso, in base alla realistica considerazione del carattere creativo della giurisprudenza, tutta la giurisprudenza, costituzionale e non.

mento normativo è fuori discussione. Ma, basta questa constatazione per concludere a favore della loro ricomprensione nella categoria delle fonti?

a) *Le decisioni manipolative come fonte del diritto.* Riconoscere che le sentenze di accoglimento determinano una modificazione dell'ordinamento giuridico preesistente; che alla dichiarazione d'incostituzionalità consegue, ai sensi dell'art. 136 della Costituzione, la perdita di efficacia della disposizione (o delle parti di disposizione) incostituzionali e che tale effetto si produce *erga omnes*; in breve, che le sentenze della Corte operano sulle leggi non implica di per sé che le si debba classificare tra le leggi: un'assimilazione nella quale potrebbero insinuarsi motivi di equivoco. Nessuno pensa che una sentenza che annulla un contratto sia un contratto; che una sentenza che impone una servitù sia una servitù: il fatto di incidere su una realtà giuridica non trasforma ciò che incide in ciò che è inciso. Il bisturi che taglia un arto non è per questo un arto.

A parte queste divagazioni, è evidente che la risposta alla domanda dipende dalla definizione che si dia dell'incerta categoria di «fonte del diritto». Il rischio cui comunque può andarsi incontro è che, ricomprendendo nella stessa classe atti così diversi, possa aprirsi la via a indebite estensioni dei caratteri di certi tipi di atti ad altri tipi di atti. Non è superfluo tuttavia ricordare che, come già rilevato (*supra*, p. 184), l'effetto dell'annullamento di una disposizione (o di una sua parte) dichiarata incostituzionale discende non dalla pronuncia della Corte (come dovrebbe essere per coloro che includono le sentenze di accoglimento tra le fonti del diritto), ma direttamente dall'art. 136 della Costituzione<sup>107</sup>. Ragionare in termini di equiparazione alla legge delle sentenze di accoglimento sulla base dell'efficacia *erga omnes* di queste ultime, vuol dire addentrarsi nell'ulteriore questione della vincolatività della cosiddetta *pars construens* delle sentenze manipolative: l'efficacia *erga omnes*, che senza dubbio connota la parte ablativa della decisione (come è proprio di ogni sentenza di accoglimento), può essere estesa anche alla parte ricostruttiva, o questa mantiene un carattere meramente persuasivo?<sup>108</sup> E, se non è solo persuasiva, ma normativa, qual è la sua forza? È una forza autonoma o è quella che le viene dall'atto cui accede (cioè la forza di legge, contrastabile da altra legge)? Qui basta aver segnalato l'esistenza di questo dibattito e l'esigenza, in ogni caso, di evitare che dalla classificazione si traggano troppo facilmente indebite analogie. La discussione circa l'ammissibilità o l'inammissibilità delle decisioni manipolative deve

<sup>107</sup> P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1986, pp. 112 ss.; Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, pp. 387 ss.; G. Floridaia, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 239 ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 456 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, Genova, Ecg, 1994, pp. 141 ss.

<sup>108</sup> Sul tema, N. Picardi, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, p. 633; Id., *Sentenze integrative della Corte costituzionale e vincolo del giudice*, in «Giustizia civile», 1979, p. 1111; A. Pizzorusso, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto processuale penale», 1982, pp. 311-312; G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1981, p. 1711.

avere pertanto riguardo non alle classificazioni nominalistiche, ma alle loro caratteristiche sostanziali.

b) *La portata normativa delle decisioni manipolative.* I problemi che le decisioni in esame sollevano attengono alla loro capacità (o pretesa) di introdurre nell'ordinamento norme nuove, a prima vista riservate al potere legislativo.

► *Esempi.* La produttività normativa di questo tipo di decisioni è elevata. Quasi pari a quella di un legislatore. Si veda, a titolo d'esempio, la sentenza n. 215 del 1990, il cui dispositivo è così formulato: la norma dell'Ordinamento penitenziario denunciata è incostituzionale «nella parte in cui non prevede che la detenzione domiciliare, concedibile alla madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, possa essere concessa, nelle stesse condizioni, anche al padre detenuto, qualora la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole». La sentenza n. 264 del 1994, in tema di «integrazione al minimo» del trattamento di fine rapporto di lavoro, dichiara l'illegittimità costituzionale d'una norma di legge «nella parte in cui non prevede che, nel caso di esercizio durante l'ultimo quinquennio di contribuzione di attività lavorativa, meno retribuita da parte di un lavoratore che abbia già conseguito la prescritta anzianità contributiva, la pensione liquidata non possa essere comunque inferiore a quella che sarebbe spettata, al raggiungimento dell'età pensionabile, escludendo dal computo, a ogni effetto, i periodi di minore retribuzione, in quanto non necessari ai fini del requisito dell'anzianità contributiva minima». La sentenza n. 144 del 1997, relativa alla norma che consente al questore, per ragioni d'ordine pubblico nello svolgimento di manifestazioni sportive, di impedire la presenza negli stadi di persone pericolose, imponendo loro di comparire, in coincidenza delle manifestazioni stesse, in uffici di polizia, l'ha dichiarata incostituzionale «nella parte in cui non prevede che la notifica del provvedimento del questore contenga l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice per le indagini preliminari». La sentenza n. 286 del 2016 dichiara l'illegittimità costituzionale della norma desumibile da una pluralità di disposizioni del codice civile, «nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno».

A differenza dalla legge, le sentenze della Corte non possono, però, venire dal nulla, ma devono sempre «accedere» a una disposizione legislativa già esistente.

Il problema non è solo di *forma* delle decisioni. Riguarda anche quelle che operano amputazioni dei testi (le sentenze di accoglimento testuale parziale), poiché – come si è visto – è possibile, attraverso di esse, fare opera di legislazione sostanziale, a onta del loro aspetto formalmente solo negativo. Inoltre, deve considerarsi che l'eliminazione di una parte della portata normativa d'una disposizione voluta dal legislatore come un tutto inscindibile potrebbe a tal punto stravolgerne il senso da renderla totalmente nuova e non riconducibile alla volontà iniziale del legislatore stesso, pur derivando da una pronuncia formulata in termini formalmente negativi. Occorre insomma una valutazione sostanziale degli effetti normativi che si determinano, per stabilire se si abbia a che fare con un esercizio di funzioni legislative da parte della Corte costituzionale, oppure al contrario con decisioni che, nell'alveo delle scelte del legislatore, operano per armonizzarle

alla Costituzione. Detto altrimenti: si tratta di distinguere gli interventi sulla legge aventi valore conformativo alla Costituzione delle scelte del legislatore, dagli interventi aventi valore modificativo alla stregua di scelte della Corte costituzionale: ammissibili, i primi; inammissibili, i secondi.

*Decisioni a «rime obbligate»?* Le perplessità che si pongono riguardano innanzitutto il rispetto delle competenze legislative: le decisioni creative di diritto, immettendo norme nuove nell'ordinamento giuridico, svolgerebbero – si dice – una funzione paralegislativa, sostitutiva di quella parlamentare, estranea alla natura delle funzioni di un organo giudiziario.

A questo rilievo è stato replicato<sup>109</sup> che la norma, a prima vista abusivamente aggiunta, viene in realtà, «per così dire, trovata tra quelle a portata di mano o fatta derivare da un principio generale o addirittura, tratta dalla stessa norma costituzionale violata»: dunque, non creazione ma esplicitazione. La norma posta dalla Corte «manipolando» la legge sottoposta al suo giudizio non deriverebbe da un'inammissibile opera di legislazione, bensì da un'attività di interpretazione il cui contenuto è semplicemente dichiarato (non creato) dalla Corte costituzionale. Perciò – si conclude – se di creazione di nuovo diritto si volesse parlare, dovrà almeno soggiungersi che si tratta di una legislazione «a rime obbligate», poiché la Corte non inventa nulla (e non può inventare nulla) che, almeno allo stato latente, non sia già presente nell'ordinamento.

Questa replica brillante è risolutiva? Già a stare alla metafora, le rime obbligate lasciano liberi di scegliere le parole in rima. Essa dice semplicemente che la norma «creata» dalla Corte deve essere in linea con l'ordinamento; ma il modo d'essere in linea è vario e, tra questa varietà, c'è possibilità di scelta.

In realtà, questo modo di presentare il problema è l'estremo tentativo di giustificare una pratica difficilmente giustificabile all'interno d'un modo di pensare dicotomico che divide il mondo del diritto in ciò che c'è già (oggetto di applicazione) e ciò che non c'è ancora (oggetto di creazione). In più, risente della concezione originaria del controllo di costituzionalità delle leggi come raffronto astratto tra atti giuridici, una concezione superata con la scelta a favore del giudizio incidentale, promosso in vista d'una risposta – la decisione della Corte – che permetta la risoluzione d'un caso concreto. La giustificazione delle decisioni manipolative della Corte costituzionale sta nel carattere del giudizio, un giudizio che si sostanzia (come detto ormai più e più volte) nella ricerca d'una norma adeguata al caso che deve essere deciso da chi ha posto la domanda di costituzionalità. Il giudizio della Corte, data l'incostituzionalità della legge, deve concludersi con la determinazione d'una norma offerta al giudice *a quo*, per la definizione del suo giudizio. In questa ricerca, la distinzione tra ciò che c'è e ciò che non c'è sfuma e diventa la distinzione tra ciò che è riconducibile e ciò che non è riconducibile all'ordinamento giuridico, fermo restando l'ineliminabile fattore attivo o creativo inerente

<sup>109</sup> V. Crisafulli, in Occhiocupo (a cura di), *Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 84.

a ogni ricerca giurisprudenziale di questo tipo. «Riconducibile» significa «giustificabile» alla luce dei principi costitutivi dell'ordinamento, tenuto conto della dinamica ch'essi sprigionano nel rapporto con i casi concreti. Inutile dire che questa dinamica è regolata non dalla *scientia iuris*, ma dalla *iuris-prudentia* (vol. I, pp. 81 ss.).

La metafora delle «rime obbligate» ha tuttavia un significato, un significato che non è descrittivo (la Corte quando «manipola» le leggi non obbedisce a «obblighi»), ma prescrittivo: svolgere, non stravolgere. Lo «svolgimento» non è obbligato nel contenuto ma, data la funzione in cui il controllo di costituzionalità è inserito, è necessario: la funzione giurisdizionale, a contatto con casi da risolvere.

*Il controllo di costituzionalità delle omissioni del legislatore.* La discussione sul carattere creativo delle decisioni manipolative si concentra particolarmente su quelle «additive», per l'evidenza dell'operazione normativa ch'esse compiono. Importante è chiarire come esse operano, soprattutto nel caso più frequente, che riguarda l'applicazione del principio di uguaglianza. Il loro oggetto primario non è né il testo della legge né la sua interpretazione (come nelle decisioni d'accoglimento puro e semplice e nelle decisioni interpretative): è una norma implicita, la norma «omissiva». Ciò che viene dichiarato incostituzionale è il contenuto della legge dedotto attraverso l'applicazione del ragionamento *a contrario*: partendo da una disposizione la quale regola un caso, se ne deduce l'esclusione di altro caso che, per ragioni costituzionali, vi dovrebbe rientrare. Ciò che viene dichiarato incostituzionale è la *norma esclusiva implicita*, con ciò rendendo possibile l'estensione della norma esplicita a casi originariamente omessi dalla previsione. Si verifica una sorta di «conversione di segno»<sup>110</sup>: con la dichiarazione d'incostituzionalità dell'implicita esclusione, l'escluso viene a essere incluso poiché la ragione della sua esclusione – la discriminazione – viola il principio di uguaglianza<sup>111</sup>. Secondo questa costruzione, le omissioni del legislatore divengono controllabili senza che si possa invocare, in contrario, la «discrezionalità del legislatore». Diverso è il problema quando il giudizio di costituzionalità non si svolge soltanto sul piano dell'uguaglianza di trattamento, ma coinvolge altri principi costituzionali, di natura sostanziale e non solo relazionale, invocati per «riempire» l'omissione (o la lacuna) incostituzionale. Valgono allora le considerazioni a proposito delle «rime obbligate».

*Vincolatività della parte ricostruttiva nei confronti dei giudici.* Resta aperto il problema su un altro versante, quello dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e il potere interpretativo dei giudici comuni. Una volta

<sup>110</sup> Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 305.

<sup>111</sup> In merito a tale ipotesi ricostruttiva, C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in «Foro italiano», 1970, V, pp. 157 ss., e in senso critico G. Parodi, *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 87 ss.

dichiarata incostituzionale la norma per la «parte che esclude», spetta alla Corte costituzionale anche il compito di indicare vincolativamente la norma che, in virtù del sistema vigente, deve prendere il posto di quella dichiarata incostituzionale? Che alla dichiarazione d'incostituzionalità consegua talora la necessità di integrare la lacuna apertasi, è chiaro. Come integrarla, è altro problema. In linea di principio, questo compito spetta, in forma diffusa, ai giudici comuni, sia nel caso in cui la norma si ricavi per «autointegrazione» dal sistema legislativo (analogia, principi generali ecc.), sia che la si faccia derivare direttamente dalla Costituzione. Una volta che la Costituzione sia integrata nell'ordinamento giuridico, non può dirsi esistere alcun monopolio della Corte che l'abiliti a dichiarare *in via esclusiva* i precetti impliciti nella legislazione e neppure a enucleare la portata positiva delle regole costituzionali. Il suo monopolio non si estende al di là del controllo di conformità alla Costituzione delle leggi e dell'eventuale dichiarazione di incostituzionalità di esse<sup>112</sup>. La Corte è come gli altri, anche se – ma solo per certi aspetti – «più degli altri». Ammesso, infatti, che la parte ricostruttiva necessaria possa essere oggetto di trattazione diffusa, è tuttavia vero che la Corte sarebbe comunque chiamata, in ultima istanza, a controllare, nella forma del diritto vivente, l'operazione interpretativa da altri compiuta. In sostanza, la dichiarazione d'incostituzionalità della legge, per quel che prevede e per quel che omette, si accompagna all'indicazione di ciò che si deve aggiungere come anticipazione di un giudizio che, in definitiva, comunque le spetterebbe. Il che, ovviamente, vale nei limiti (di cui la Corte stessa è giudice) in cui possa dirsi che una soluzione effettivamente sia deducibile per mezzo dell'interpretazione, come sviluppo dei principi costituzionali.

#### 14. Decisioni d'inammissibilità per discrezionalità del legislatore

*Lacuna reale, lacuna apparente.* Alla stregua di quanto detto, un limite invalicabile si pone nei confronti delle operazioni manipolative, additive in primo luogo, della Corte costituzionale. Ammessa l'integrazione delle lacune derivanti dalla dichiarazione d'incostituzionalità, quando la lacuna è apparente, cioè integrabile attraverso il ricorso al sistema giuridico, costitu-

<sup>112</sup> N. Picardi, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, cit., vol. IV, pp. 627 ss. (ove si sostiene una tesi vicina a quella argomentata nel testo: le decisioni innovative della Corte dovrebbero scindersi in due aspetti, uno «ablatorio» – valido *erga omnes* – che elimina l'ostacolo alla ricomposizione dell'ordinamento in modo conforme alla Costituzione, attraverso la dichiarazione d'incostituzionalità della legge; uno «ricostruttivo», riguardante la determinazione della norma nuova, sostitutiva di quella eliminata, privo di effetti generali, ma semmai solo con portata circoscritta alla risoluzione del giudizio *a quo*); Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit., pp. 1684 ss. (con opinioni in senso limitativo delle capacità normative della Corte), nonché, per punti di vista più comprensivi nei confronti delle tecniche paranormative della Corte, P. Barile, L. Elia e F. Modugno, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 19 ss., 515 ss. e 537 ss.; Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 299.



zionale e ordinario, è invece da escludere quando la lacuna è reale, cioè non integrabile. La Corte conosce questa distinzione, una distinzione che spiega l'ulteriore elaborazione di altri due strumenti decisori: l'inammissibilità della questione «per discrezionalità del legislatore» e le «additive di principio».

*Sentenze di inammissibilità per discrezionalità del legislatore.* Può ritenersi consolidato l'orientamento secondo cui le questioni con le quali si richiedono pronunce «creative» sono inammissibili.

Il caso più evidente è quello in cui manca addirittura una disciplina legislativa che si auspica che vi sia («lacuna ideologica»), onde non si saprebbe che cosa dichiarare incostituzionale. Si tratta delle ipotesi in cui s'invoca una disciplina di materie e situazioni che il legislatore non ha, per il momento, ancora preso in considerazione. Questa sarebbe, per così dire, normazione allo stato puro, e non controllo di costituzionalità di scelte legislative pregresse, come è nella logica del controllo di costituzionalità *a posteriori*.

► *Esempio.* La sentenza n. 138 del 2010, in materia di matrimonio di persone del medesimo sesso, è un esempio di questa ragione d'inammissibilità della questione. Essa era stata sollevata nei confronti di alcune disposizioni del codice civile che disciplinano il matrimonio tra persone di sesso diverso, traendone la conseguenza ch'esse discriminano le persone omosessuali (art. 3 Cost.), e violano i loro diritti fondamentali (art. 2 Cost.). Il dispositivo di inammissibilità discende dalla circostanza che, secondo la Corte, non c'è nulla da impugnare poiché si è di fronte non a una disciplina incostituzionale del matrimonio omosessuale, ma a una non-disciplina. Le disposizioni civilistiche in materia di matrimonio sono utilizzate, secondo la Corte, quale mero appiglio normativo per denunciare l'assenza nell'ordinamento giuridico dell'auspicata disciplina delle unioni omosessuali. Sebbene l'unione omosessuale sia da annoverare tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 della Costituzione, «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» è compito del legislatore. L'aspirazione a questo riconoscimento non può essere realizzata soltanto attraverso l'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, spettando «al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni» (come, del resto, già è avvenuto con riguardo alle convivenze *more uxorio*).

L'altra ipotesi di inammissibilità per discrezionalità del legislatore si ha quando la legge c'è, e può anche essere incostituzionale, ma la sua dichiarazione d'incostituzionalità dovrebbe accompagnarsi, per corrispondere alla richiesta del giudice *a quo*, a una norma da applicare al caso da decidere, a una ricostruzione dell'ordinamento giuridico fuori delle sopra menzionate «rime obbligate», cioè con apprezzamenti discrezionali che spettano al legislatore e che farebbero assumere alla Corte una funzione normativa che non le è propria.

L'anzidetto criterio di delimitazione della giurisdizione costituzionale, nei confronti dell'autonomia del legislatore, è stato così espresso in forma di «mas-

sima» dalla stessa Corte costituzionale: «una decisione additiva è consentita soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere il frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà procede a un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando, invece, si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore» (sent. n. 109 del 1986); «la giurisprudenza di questa Corte ha costantemente dichiarato l'inidoneità dello strumento additivo o manipolativo quando non sia prospettata dal giudice *a quo* una soluzione univoca e costituzionalmente obbligata, ma soltanto un'astratta possibilità di nuova produzione legislativa» (sent. n. 328 del 1988).

► *Esempio.* La sentenza n. 61 del 2006, in materia di trasmissione del cognome materno, ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale richiedendo il *petitum* «un'operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte». La questione era stata sollevata nei confronti di una pluralità di disposizioni del codice civile, dai quali si deduceva l'automatica attribuzione del cognome paterno. Il giudice rimettente chiedeva che il complesso normativo fosse dichiarato incostituzionale «nella parte in cui prevede che il figlio legittimo acquisti automaticamente il cognome del padre, anche quando vi sia in proposito una diversa volontà dei coniugi, legittimamente manifestata». Pur rimarcando che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna» e pur richiamando il vincolo posto dalle fonti convenzionali sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari, l'eterogeneità delle soluzioni possibili impedisce un intervento additivo della Corte. A distanza di 10 anni la questione di legittimità è nuovamente promossa. Questa volta la Corte, pur nella medesimezza della questione, approda a una decisione manipolativa, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni censurate «nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno» (sent. n. 286 del 2016): all'inammissibilità per discrezionalità del legislatore, la Corte fa seguire l'accoglimento per inerzia del legislatore.

*Infondatezza per discrezionalità del legislatore.* Si è detto che, in linea di massima, in assenza di una soluzione normativa costituzionalmente univoca (idonea, dunque, a rappresentare la regola del caso concreto), la Corte ricorre a una pronuncia di inammissibilità. La discrezionalità del legislatore è, tuttavia, altresì salvaguardata in tutte quelle ipotesi, non rare, in cui la Corte dichiara la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale, essendo la scelta legislativa censurata «non manifestamente irragionevole». Un esempio può essere tratto dalla sentenza n. 236 del 2015, in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna (c.d. legge Severino). La Corte, infatti, ha ritenuto la scelta del legislatore, certamente frutto di una valutazione discrezionale del legislatore, non irragionevole: «così come la condanna irrevocabile può giustificare la decadenza dal mandato in corso, per le stesse ragioni la condanna non definitiva può far sorgere l'esigenza cautelare di sospendere temporaneamente l'eletto da tale mandato, sicché si deve concludere

che la scelta operata dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità non ha superato i confini di un ragionevole bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco». Oppure ancora può farsi riferimento alla sentenza n. 124 del 2017, relativa all'introduzione, nel settore pubblico, di un limite massimo alle retribuzioni e al cumulo tra retribuzioni e pensioni. Anche in questa occasione, valutata la scelta legislativa idonea a garantire un adeguato e proporzionato contemperamento degli interessi contrapposti (la razionalizzazione della spesa in presenza di risorse limitate; il diritto al lavoro, declinato nella tutela della professionalità del lavoratore cui il limite massimo è imposto; il buon andamento della pubblica amministrazione), la questione è dichiarata non fondata: «[n]ell'esercizio della sua discrezionalità, il legislatore ben potrebbe, secondo un ragionevole contemperamento dei contrapposti interessi, modificare nel tempo il parametro prescelto, in modo da garantirne la perdurante adeguatezza alla luce del complessivo andamento della spesa pubblica e dell'economia».

Si tratta di strumenti decisori diversi – diversi essendo, come si è detto, i loro effetti –, accomunati però dall'esigenza di salvaguardare la discrezionalità del legislatore e, dunque, anch'essi in qualche misura ordinabili secondo una sequenza graduata in base all'intensità dell'intervento (*supra*, p. 224).

## 15. Le sentenze additive di principio

*A ciascuno il suo.* L'anzidetto orientamento giurisprudenziale è fondato, sull'esigenza di proteggere la discrezionalità legislativa, in presenza di lacune normative reali (non apparenti). Tuttavia, l'esigenza di non invadere la sfera delle valutazioni legislative determina il sacrificio di un'altra indiscutibile esigenza, quella della dichiarazione d'incostituzionalità della legge, per quello ch'essa dispone. È vero che l'esistenza di una sfera di discrezionalità del legislatore nel colmare il vuoto determinato dalla dichiarazione d'incostituzionalità deve indurre la Corte ad astenersi dalla pronuncia additiva, ma non dal dichiarare incostituzionale (in sé e per sé) la legge esistente, quando ve ne sarebbe motivo. Avviene talora invece che la Corte riconosca, o possa riconoscere, l'incostituzionalità della legge, per quello che essa è, ma dichiari l'inammissibilità (o l'infondatezza) della questione in considerazione di ciò che ha a che fare con il secondo lato del problema costituzionale, il lato ricostruttivo della legge. «A ciascuno il suo», ha detto la Corte, ma riconoscere «il suo» al legislatore ha significato rimuovere «il suo» della Corte stessa: rimozione che equivale a una sorta di denegata giustizia costituzionale che ha come conseguenza il mantenimento in vita della legge a onta della sua (possibile o addirittura riconosciuta incostituzionalità). Il rifiuto di prendere in considerazione la questione di costituzionalità, in questo caso, corrisponde a un'iperprotezione non della discrezionalità del legislatore, ma della sua inerzia, a un'abdicazione della stessa funzione della Corte costituzionale, di cassazione della legge incostituzionale.

L'espressione *a ciascuno il suo* si trova nella sentenza n. 230 del 1987, in tema d'indipendenza dei magistrati della Corte dei conti: «la lettura delle disposizioni impugnate [...] dimostra che non è sotto alcun aspetto garantita l'indipendenza» di tali magistrati. Dunque: riconoscimento dell'incostituzionalità. Tuttavia, «data

la pluralità delle soluzioni prospettate [...], il magistero inteso a ricondurre la Corte dei conti nell'area della Costituzione compete non alla Corte costituzionale, che è giudice delle norme sottoordinate e non produttore di queste, ma al Parlamento [...]. A ciascuno il suo». Così, la legge incostituzionale e, come tale, riconosciuta dalla Corte, è rimasta vigente.

*La continuità nel tempo.* La difficoltà nasce quando non basta che la legge incostituzionale non ci sia più, ma occorre che una legge nuova ne prenda il posto. L'esigenza di evitare i vuoti legislativi, cioè – detto altrimenti – l'esigenza di continuità nel tempo dell'ordinamento giuridico, non può considerarsi solo «di mero fatto», tale quindi che la Corte costituzionale possa disinteressarsi degli effetti delle sue pronunce sotto quest'aspetto e mirare puramente e semplicemente – si potrebbe dire, ciecamente – all'eliminazione, a qualunque costo, della legge incostituzionale.

Vi sono casi in cui il rischio di «giungere a privare di garanzia legale esigenze di carattere costituzionale», cioè il pericolo per l'ordinata applicazione del diritto, per la continuità di funzioni pubbliche essenziali, per la certezza dei rapporti giuridici ecc. derivanti dalla pura e semplice eliminazione delle leggi, sono tali da assumere un indubbio rilievo costituzionale. Che il diritto non sia una somma di atti normativi discontinui nel tempo e che la vita del diritto non sia un ritmo sincopato; che, invece, la continuità (cioè, *l'ordine nel tempo*) sia carattere ineliminabile del diritto come ordinamento: sono tutti aspetti essenziali e fondanti il nostro stesso modo di concepire il diritto e, di riflesso, la vita regolata giuridicamente. In fondo, la continuità ordinata nel tempo è l'aspetto diacronico di quel principio pre-positivo di coerenza di cui già si è trattato nel primo volume di questa *Giustizia costituzionale* (pp. 159 ss.) in termini sincronici, a proposito dell'esigenza di razionalità delle leggi, come presupposto essenziale della pensabilità stessa del diritto come ordinamento giuridico. Che dunque la Corte non manifesti disinteresse per le conseguenze delle dichiarazioni di incostituzionalità sull'ordinato sviluppo nel tempo dell'ordinamento giuridico è non solo spiegabile per ragioni di fatto, ma anche giustificabile per ragioni costituzionali.

Il problema è allora di escogitare una forma più accettabile di equilibrio e coordinamento tra eliminazione e produzione di norme, tra l'esigenza dell'eliminazione delle leggi incostituzionali, da un lato, e la necessità di preservare il diritto dalle discontinuità che ne metterebbero in forse il carattere di ordinamento: forme di equilibrio e di coordinamento che non sacrificino completamente l'una all'altra esigenza, che anzi consentano di salvaguardare e l'una e l'altra ma che, alla fine, esperite tutte le possibilità, assicurino comunque il rispetto di quello che è il fondamento del sistema giuridico: il principio di costituzionalità.

*Decisioni con modulazione degli effetti nel tempo.* Per fronteggiare il problema del coordinamento tra annullamento della legge incostituzionale e sua sostituzione, cioè il problema della continuità, la Corte si è avvalsa, ancorché raramente, di strumenti elaborati da corti costituzionali di altri paesi, capaci di graduare nel tempo gli effetti eliminativi delle leggi incostituzionali, adattandoli con libertà alle esigenze dei casi particolari, per consentire così al legislatore di

intervenire tempestivamente a colmare in anticipo la lacuna che si produrrebbe dalla decisione d'incostituzionalità.

Tali strumenti sono:

a) la dichiarazione di illegittimità costituzionale, con cui si accerta la contrarietà a Costituzione della disposizione censurata ma gli effetti eliminativi decorrono dalla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta ufficiale (si producono cioè solo nel futuro, e non anche nel passato: *supra*, pp. 188-189);

b) la dichiarazione di illegittimità costituzionale sopravvenuta. Anche in questo caso gli effetti eliminativi si producono solo nel futuro ma non anche nel passato. Ciò, però, a differenza dell'ipotesi precedente, avviene in quanto il vizio di legittimità costituzionale non è *ab origine* presente nella disposizione, ma subentra successivamente (ad esempio, per mutamento del parametro costituzionale o, ipotesi più frequente, per accertata stabilizzazione di una normativa precedentemente giustificata solo in quanto temporanea: sent. n. 178 del 2015);

c) l'accertamento dell'incompatibilità (*Unvereinbarkeit*) senza la conseguente dichiarazione di nullità (*Nichtigkeit*) della legge<sup>113</sup>, secondo la prassi creata dal Tribunale costituzionale federale della Repubblica tedesca e, in un secondo tempo, riconosciuta dal legislatore: l'intento implicito è indurre il legislatore a legiferare prima che, alla successiva occasione, la legge già riconosciuta incostituzionale sia annullata. In Italia, il ricorso a questa scissione tra riconoscimento e dichiarazione si è avuto solo in taluni, circoscritti casi (per esempio sent. nn. 467 del 1991; 125 e 256 del 1992), essendo dubbia l'effettiva capacità di tali decisioni di smuovere il legislatore inerte<sup>114</sup>;

d) la dichiarazione che la legge è *ancora* (nel senso di «fino ad ora», o fino a un termine indicato dalla Corte, ma non oltre) costituzionale (tecnica, anch'essa, della Corte tedesca che, se applicata in Italia, comporterebbe una deroga all'art. 136, primo comma, della Costituzione). Tale riconoscimento di validità precaria si accompagna alla riserva che, alla successiva occasione, la Corte non potrebbe non trarre le conseguenze dal precedente riconoscimento, questa volta dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge. Si tratta sostanzialmente di un monito al legislatore (*infra*, pp. 251 ss.) rafforzato dalla minaccia di una «doppia pronuncia», questa volta nei confronti del legislatore e non dei giudici: se la legge non viene modificata prima della prossima occasione di controllo, la Corte sarà costretta, allora, ad annullarla.

Rimane una proposta non ancora accolta dalla giurisprudenza costituzionale il rinvio dell'efficacia invalidante della pronuncia di incostituzionalità, disposto

<sup>113</sup> R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 80 ss.; Id., *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, pp. 1988 ss.

<sup>114</sup> R. Pinardi, *La Corte accoglie una questione fondata: verso un nuovo «modello» di risposta giurisprudenziale al protrarsi dell'inerzia legislativa?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1995, p. 2035, il quale sottolinea che con queste decisioni la Corte sembrerebbe pervenire al risultato finale non tanto «di «costringere» il parlamento, come era nelle sue intenzioni, a una subitanea revisione della normativa illegittima, quanto piuttosto, paradossalmente, di fornire al legislatore ordinario un'implicita garanzia circa il fatto che, nonostante l'eventuale protrarsi della sua inerzia, il passaggio dal monito alla dichiarazione d'incostituzionalità risulterà decisamente problematico, dovendo infatti ritenersi prioritaria, per espresso riconoscimento della Corte stessa, la necessità di preservare l'ordinamento giuridico dal determinarsi di «vuoti» normativi. Dello stesso avviso è L. Pesole, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1994, pp. 406 ss.

dallo stesso giudice costituzionale per un periodo di tempo determinato, durante il quale la legge continua a essere applicabile (sistema in vigore in Austria: la legge è *verfassungswidrig*, ma *gültig*).

*Sentenze additive di principio.* La tecnica introdotta dalla Corte italiana per fronteggiare le difficoltà che nascono di fronte a questioni duplici, quando la parte ablativa della decisione deve accompagnarsi a una parte ricostruttiva che non rientra nei suoi poteri, è quella delle «additive di principio»<sup>115</sup>. La dichiarazione d'incostituzionalità non è seguita dall'addizione di norma (o di frammento di norma) idonea a colmare direttamente la lacuna, ma dall'indicazione del principio o dei principi costituzionali cui la soluzione normativa prescelta dovrà conformarsi (principio o principi che coincidono con quelli la cui violazione ha determinato la dichiarazione d'incostituzionalità). Il dispositivo – diversamente da quello di una decisione «additiva di regola» – non può definirsi «autoapplicativo», in quanto di per sé non è sufficiente a integrare l'ordinamento conformemente a Costituzione. La lacuna denunciata dal rimettente non è colmabile attraverso un'integrazione «a rime obbligate»; non è possibile individuare la norma costituzionalmente obbligata già implicata nel sistema. Dinanzi a una pluralità di soluzioni normative tutte costituzionalmente possibili la Corte si arresta, lasciando al legislatore il compito di dettare la disciplina necessaria, e ai giudici comuni, caso per caso, quando è possibile, quello di reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto, in attesa di un intervento legislativo puntuale. Si potrebbe allora dire che è il principio a doversi definire «a rime obbligate», nel senso che rappresenta «l'unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema»; è il principio stesso a essere immediatamente precettivo: innanzitutto, nei confronti del legislatore, il cui intervento normativo, libero nella scelta delle concrete modalità di attuazione, deve comunque avvenire uniformemente a detto principio; e secondariamente, nei confronti dei giudici comuni, ai quali è «sommministrato» un orientamento di principio, alla stregua del quale essi sono chiamati a individuare nell'ordinamento la regola del caso concreto.

*Origine delle sentenze additive di principio: le sentenze «meccanismo».* Sono state così chiamate quelle decisioni con cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di una legge nella parte in cui non prevede un (qualunque) meccanismo adeguato alla tutela concreta del diritto riconosciuto dalla Costituzione. Il primo esempio è dato dalla sentenza n. 497 del 1988, in materia di indennità di disoccupazione. Il dubbio di legittimità costituzionale verteva sulla norma che fissava in 800 lire giornalieri l'indennità ordinaria di disoccupazione, così violando gli artt. 2, 3, 38 della Costituzione, tale somma non garantendo, data la sua esiguità, ai lavoratori i mezzi sufficienti alle esigenze della vita, in caso di disoccupazione involontaria. La Corte dichiarò l'incostituzionalità della disposizione, nella parte in cui non prevedeva un meccanismo di adeguamento del valore monetario indicato. Meccanismo che avrebbe dovuto essere stabilito dal legislatore. Tali decisioni possono definirsi prodromiche alle sentenze additive di principio: esse, infatti,

<sup>115</sup> Anche chiamate decisioni additive «a dispositivo generico» (G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996).

pur essendo più incisive rispetto ai semplici moniti al legislatore, comportando una dichiarazione d'incostituzionalità, sono meno efficaci delle sentenze additive «classiche». Le additive di principio rappresentano un passaggio ulteriore nella scala dell'efficacia. Così, la sentenza n. 295 del 1991, riproposta la questione del 1988, indica il principio cui legislatore e giudici dovranno attenersi, il primo per introdurre una disciplina che, anche retroattivamente, determini il meccanismo in via di normazione astratta, e i secondi, per decidere caso per caso, in attesa dell'intervento del legislatore.

► *Esempi.* Un esempio è la sentenza n. 307 del 1990, in materia di trattamenti sanitari obbligatori, che ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione legislativa censurata nella parte in cui, imponendo l'obbligo di sottoporsi a trattamenti sanitari obbligatori (nella specie, la vaccinazione antipoliomielitica), non prevedeva, a carico dello Stato, un'equa indennità in caso di danno alla salute eccedente gli effetti ordinari della vaccinazione stessa: indennità che spetta al legislatore stabilire in generale e al giudice, nel frattempo, disporre nei casi particolari. Altro esempio è la sentenza n. 26 del 1999, in materia di diritto penitenziario. Si trattava di un caso in cui l'amministrazione penitenziaria «intercettava» arbitrariamente riviste in abbonamento dei detenuti, essendo chiaro che un rimedio giurisdizionale contro questo abuso dovesse esserci: «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione». Perciò, doveva essere riconosciuto il diritto al ricorso al giudice, poiché non c'è diritto senza azione in giudizio. Questo ha stabilito la Corte. Ma non ha potuto stabilire anche a quale giudice dovesse rivolgersi il detenuto. L'ordinamento penitenziario non permetteva di identificarlo: l'identificazione è stata rimessa al legislatore ma, nel frattempo, dal principio i giudici dell'esecuzione penale avrebbero potuto essi stessi individuare una soluzione, in attesa dell'intervento del legislatore. Ulteriore esempio può trarsi dalla sentenza n. 385 del 2005, nella quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di norme del *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire, in alternativa alla madre, l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima. Posto il principio (equo indennizzo, nel primo caso; diritto al giudice, nel secondo; diritto del padre all'indennità, nel terzo), spetta al legislatore approntare le regole attuative e ai giudici, se possibile, provvedere nel frattempo a determinarne la consistenza, ricorrendo alla disciplina di casi analoghi. Un ultimo esempio può ancora trarsi dalla sentenza n. 96 del 2015, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme della legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili», non dimenticando però di precisare che sarà «poi compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al

fine dell'auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base dell'evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di un'opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate a effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa): «[c]iò non essendo, evidentemente, in potere di questa Corte, per essere riservato alla discrezionalità delle scelte, appunto, del legislatore».

*Combinazioni di decisioni.* Merita un'attenzione particolare la sentenza n. 278 del 2013, con la quale la Corte, ribaltando un proprio precedente nel senso dell'infondatezza (sent. n. 425 del 2005), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata «nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...] – su richiesta del figlio, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione». Una sentenza additiva di principio<sup>116</sup> ma che, a ben vedere, «combina» in sé una pluralità di strumenti decisori, rendendo in tal modo palese come il confine tra le decisioni intermedie è alquanto incerto. Il dispositivo, infatti, individua i principi costituzionali cui la soluzione normativa dovrà conformarsi (il diritto alla riservatezza della madre che è ricorso al c.d. parto anonimo; il diritto del figlio a conoscere le proprie origini), così a un tempo tracciando i confini del futuro intervento normativo che, seppur libero nella scelta delle concrete modalità di attuazione, deve comunque avvenire uniformemente ai principi indicati, e offrendo un «orientamento» interpretativo ai giudici comuni, chiamati a reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto, in attesa dell'intervento legislativo puntuale. Tuttavia, il riferimento alla scelta della soluzione costituzionalmente necessaria non è contenuto, come monito al legislatore, nella sola argomentazione, ma è esplicitamente riportato in un inciso del dispositivo: la massima riservatezza nell'accertare la volontà della madre naturale deve essere assicurata «attraverso un procedimento, stabilito dalla legge». In questo senso si potrebbe parlare di «combinazione di decisioni»<sup>117</sup>: una pronuncia additiva di principio combinata con una sentenza – monito. L'incertezza che questa combinazione sembra generare sul piano applicativo potrebbe consistere in ciò: il monito rivolto al legislatore e contenuto nel dispositivo permette ai giudici comuni, in attesa dell'intervento legislativo, di reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto (come vorrebbero le sentenze additive di principio) o vincola l'autorità giudiziaria ad attendere la procedura stabilita dal legislatore? Il descritto scompiglio può del resto attenuarsi: se si concorda con la distinzione sopra tratteggiata tra decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore e sentenze additive di principio, per quanto «inopportuno» il riferimento al legislatore nel dispositivo, non si può ritenere che i giudici comuni rimangano inerti in attesa di una procedura stabilita dal legislatore. L'art. 28, nella formulazione oggetto della questione di costituzionalità, non esiste più, è illegittimo, e non può trovare più applicazione. La Corte ha indicato al legislatore e ai giudici la corretta ponderazione tra i principi costituzionali coinvolti, specificando la soglia di tutela di ciascun diritto al di sotto della quale

<sup>116</sup> Così esplicitamente definita dal suo estensore, P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, pp. 216 ss.

<sup>117</sup> Per uno studio analitico della tecnica della combinazione di dispositivi, si veda C. Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.



qualunque soluzione normativa sarebbe incostituzionale. Intendere l'inciso «stabilito dalla legge» nel senso che il giudice rimettente (ma, anche, qualunque altra autorità giudiziaria in analoga situazione) deve attendere l'intervento legislativo, significherebbe considerare la pronuncia della Corte *inutiliter data*<sup>118</sup>. In tal senso si è infatti pronunciata recentemente la Corte di cassazione (sez. unite, n. 1946 del 2017), secondo la quale la circostanza che la pronuncia di incostituzionalità si indirizzi espressamente al legislatore «non esonera gli organi giurisdizionali, in attesa che il legislatore adempia al suo compito, dall'applicazione diretta di quel principio, né implica un divieto di reperimento dal sistema delle regole più idonee per la decisione dei casi loro sottoposti».

*Sintesi.* I criteri da seguire potrebbero essere così riassunti.

a) Quando la questione di costituzionalità presenta una duplice valenza – di annullamento della legge illegittima e di produzione legislativa di una nuova norma al posto di quella –, occorre distinguere i ruoli rispettivi della Corte costituzionale e del legislatore. Alla prima non è consentito di sostituirsi al secondo; ma allo stesso tempo non le è consentito abdicare alla propria funzione di controllo della legittimità costituzionale della legislazione. Dunque: a1) se la soluzione normativa idonea a colmare la lacuna è «implicita» nell'ordinamento, è possibile la decisione additiva pura e semplice (o «additiva di regola»); a2) se le soluzioni normative costituzionalmente possibili sono più d'una, nel rispetto della discrezionalità legislativa, è possibile la decisione additiva di principio.

b) Il rigetto totale della questione per inammissibilità si giustifica quando la «questione di costituzionalità» non è duplice: non comprende cioè un aspetto ablativo e un aspetto aggiuntivo (discrezionale), ma solo quest'ultimo. Sono i casi in cui alla Corte costituzionale si richiede di «inventare» discipline, per integrare l'ordinamento con proprie determinazioni normative discrezionali, ciò che evidentemente non le compete.

## 16. Problemi speciali di ammissibilità delle decisioni d'incostituzionalità che comportano spese a carico del bilancio dello Stato

*Sentenze di accoglimento ed equilibrio di bilancio.* Un settore, crescente nella giurisprudenza costituzionale, in cui si pongono problemi particolari è quello delle decisioni che comportano nuove o maggiori spese a carico delle risorse dello Stato e degli enti pubblici. Si tratta di una categoria di decisioni che rientrano in quelle denominate incisivamente «additive di prestazione»<sup>119</sup>, per distinguerle dalle «additive di garanzia», con le quali ultime la Corte estende posizioni soggettive attive consistenti in pretese verso terzi negative, di «non fare», non positive, di «avere». Le additive di prestazione «costano» e, quindi, entrano in rapporto di tensione con l'art.

<sup>118</sup> V. Marcenò, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», n. 4, 2014, pp. 285 ss.

<sup>119</sup> Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 314. Sulle valutazioni che la Corte è chiamata a compiere in tema di diritti «che costano», A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999.

81 della Costituzione, tanto nella formulazione originale (quarto comma: «Ogni [...] legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte»), quanto, e a maggior ragione, nella formulazione riformata dalla legge cost. n. 1 del 2012, che ha introdotto il cosiddetto «principio di equilibrio del bilancio» [«Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico (primo comma). Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali (secondo comma). Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte (terzo comma)»].

La difficoltà, qui, nasce dal fatto che si è in un settore in cui, secondo l'art. 81 u.c. della Costituzione, le leggi sono, per così dire, «a corrispondenza necessaria» con altre leggi: alla legge di spesa, deve corrispondere la legge che individua le risorse necessarie. La Corte costituzionale, dichiarando l'incostituzionalità di leggi di spesa per le loro omissioni, cioè per la loro non sufficiente generalità, potrebbe determinare l'allargamento degli oneri finanziari, senza avere però la possibilità di porre in essere l'altra parte della disciplina, quella relativa alle entrate corrispondenti. Cosicché si aprirebbe il paradosso<sup>120</sup> di una Corte che, da un lato, opera per imporre al legislatore il rispetto del principio di costituzionalità riguardo all'eguaglianza e poi, dall'altro, lo viola essa stessa rispetto alla copertura delle spese.

Per il principio della corrispondenza necessaria appena indicato, problemi analoghi a quelli che si stanno per esaminare, ma a rovescio, nascono anche in relazione alla dichiarazione di incostituzionalità di «leggi di entrata» (tributarie, per esempio) dal cui annullamento, per ragioni inverse, si possano determinare squilibri di bilancio.

Delle varie opinioni che si sono sostenute, non paiono da seguire le due estreme: né quella secondo cui questo tipo di pronunce sarebbe in linea di principio vietato<sup>121</sup>; né quella secondo cui i vincoli e i limiti dell'art. 81 u.c. varrebbero nei confronti delle scelte del legislatore, ma non nei confronti di quelle del giudice e, in particolare, del giudice costituzionale le cui decisioni non sono leggi (cioè atti discrezionali) ma decisioni giudiziarie che, come tali, operano nel campo del giuridicamente dovuto<sup>122</sup>. Non la prima, poiché il compito di garanzia costituzionale affidato alla Corte non soffre eccezioni e il problema consiste semmai nel modo di assicurare lo svolgimento di questo compito senza pregiudizio di altri valori ed equilibri costituzionali (si consideri quanto affermato in recenti decisioni: «ritenere che quel principio [art. 81 Cost.] sia riconosciuto in Costituzione non può avere altro significato che affermare che esso rientra nella tavola complessiva dei valori

<sup>120</sup> M. Nigro, *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in «Diritto processuale amministrativo», 1984, p. 455.

<sup>121</sup> V. Caianiello, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in «Giurisprudenza italiana», 1984, IV, c. 273, ove si esaminano anche i possibili rimedi utilizzabili dal parlamento per sottrarsi alla pressione di questo tipo di pronunce, giudicate indebite.

<sup>122</sup> Nigro, *Le giurisdizioni sui pubblici poteri*, cit., p. 455; Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., pp. 311 s.

costituzionali, la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento di questa Corte»: sent. nn. 188 del 2015 e 10 del 2016). E non la seconda, poiché, anche a ritenere che l'art. 81 si rivolga solo al legislatore, e non alla Corte costituzionale, le sue decisioni, anche quelle additive, essendo comunque qualcosa di profondamente diverso dalla legge<sup>123</sup>, resterebbe il fatto che un'estensione degli impegni di spesa, sia pure operata per mezzo di una sentenza costituzionale, renderebbe incostituzionale, per violazione dell'art. 81 della Costituzione, la situazione legislativa che si verrebbe a formare come risultato congiunto della legge e della pronuncia costituzionale. La Corte può infatti stabilire che l'ambito soggettivo della legge sul versante dei beneficiari della spesa non è sufficientemente generale e, perciò, estenderlo fin là, dove lo esige il principio di eguaglianza, ma non è certamente in grado di integrare la legge stessa sul versante delle entrate, per riequilibrare i due lati della legge, garantendo la «copertura finanziaria» delle conseguenze della sua decisione.

Insomma, la Corte è in grado di assicurare il rispetto del principio di eguaglianza solo teoricamente, in quanto lo strumento che metterebbe in piedi sarebbe incostituzionale sotto un altro profilo. Non gioverebbe replicare<sup>124</sup> che la maggiore spesa, per il fatto di essere richiesta dall'osservanza di un imperativo costituzionale, assumerebbe carattere obbligatorio, spettando alla responsabilità del governo e del parlamento disporre le variazioni di bilancio necessarie per ottemperarvi o provvedere a nuove entrate; il fatto che si versi nell'obbligatorietà non distingue questo caso dall'altro, in cui normalmente si trova il legislatore quando dispone nuove spese: anche in questa evenienza il reperimento delle risorse è costituzionalmente necessario, ma la legge è incostituzionale in quanto a tale obbligo il legislatore si sottragga. La sentenza additiva che comporta la necessità di predisporre (dagli organi politici) nuove risorse, determina per l'istante uno squilibrio incostituzionale (del tutto ipotetico restando poi l'intervento del legislatore e del governo e non potendosi far derivare da un comportamento futuro e incerto l'esistenza o l'inesistenza attuale di un vizio della legge).

Una conclusione rigorosa sul piano dello svolgimento dei principi potrebbe essere, come è stato sostenuto<sup>125</sup>, quella di dichiarare la legge di spesa, non sufficientemente generale, incostituzionale come tale, non prestandosi a una generalizzazione in via di giurisprudenza: dunque, non per quel che non prescrive (e dovrebbe prescrivere), ma per quel che prescrive (e non avrebbe potuto prescrivere senza estendersi ad altre situazioni).

*L'equilibrio di bilancio come «supernorma» costituzionale.* Ciò che in questa sede merita attenzione non è tanto che cosa sia l'«equilibrio tra entrate e spese»; che cosa sia «l'equilibrio dinamico» di cui la Corte costituzionale parla in diverse sentenze, con riguardo all'evoluzione dei conti

<sup>123</sup> Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 312.

<sup>124</sup> C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, ora in Id., *Raccolta di scritti*, 4 voll., Milano, Giuffrè, 1972, vol. III, pp. 963 s.

<sup>125</sup> Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, cit., pp. 75 ss.

pubblici e alle previsioni relative; in che cosa l'equilibrio si distingue dal «pareggio» col quale spesso è confuso; oppure, quali siano i limiti dell'indebitamento tollerabili secondo i parametri UE. Tutto ciò qui non interessa. Qui, invece, interessa mettere in evidenza che il nuovo art. 81 della Costituzione ha posto i conti, con le loro esigenze di equilibrio, contro i diritti, con le loro esigenze di tutela, soprattutto i «diritti che costano», cioè i «diritti sociali». Si parla, in proposito, di «bilanciamento» (vol. I, pp. 168 ss.), ma la formula è impropria: si possono bilanciare materiali omogenei, ma soldi e diritti omogenei non sono. Si tratta, piuttosto, di limitazioni o negazioni dei diritti in quanto si sottraggano alla loro tutela le risorse necessarie a garantirli. La giurisprudenza costituzionale sempre più frequentemente si trova a districarsi in questioni di questo genere, senza avere ancoraggi sicuri di giudizio, onde oscilla talora giungendo perfino ad alterare le regole del processo costituzionale, regole che all'evidenza non sono state pensate per casi di questo genere. Qualche esempio può essere tratto dalle sentenze n. 264 del 2012, in materia di trattamento pensionistico di una particolare categoria di lavoratori; n. 10 del 2015, che ha negato valore retroattivo a una decisione d'incostituzionalità che avrebbe consentito la ripetibilità di somme indebitamente pagate da soggetti contribuenti; n. 70 del 2015, che ha dichiarato l'incostituzionalità del blocco della rivalutazione di trattamenti pensionistici senza preoccupazioni per gli equilibri di bilancio, preoccupazioni che sono entrate invece nella successiva e conseguente sentenza n. 250 del 2017; n. 178 del 2015, in materia di blocco temporaneo della contrattazione nel pubblico impiego; n. 275 del 2016, sull'esistenza di «diritti incomprimibili» di fronte ai quali «cedono» i vincoli di bilancio. In sintesi: a seconda dei casi, l'equilibrio di bilancio ha prevalso sul diritto alla previdenza (art. 38 Cost.) e sul diritto del contribuente (art. 53); il diritto alla previdenza ha prevalso sull'equilibrio di bilancio; il diritto di libertà sindacale che si esprime nella contrattazione (art. 39) ha ceduto il passo all'equilibrio di bilancio per il passato, ma non per il futuro. Il che rivela la consapevolezza della Corte costituzionale delle ricadute che i vincoli di bilancio hanno sulla realtà dei diritti, e dell'ineludibile attrazione delle scelte di politica finanziaria nel contenzioso costituzionale; ma anche la (forse) inadeguatezza degli strumenti a sua disposizione per siffatte tipologie di valutazioni.

Emblematica di questa inadeguatezza è, ad esempio, la sentenza n. 155 del 2015, in materia di Imposta municipale propria (c.d. IMU), ove la Corte, seppur censuri con dovizia di argomenti il mancato rispetto, da parte del legislatore statale, del metodo pattizio necessario quando si tratti di introdurre norme tendenzialmente dirette a sottrarre una parte delle competenze regionali tributarie, conclude per l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale: «[l']indefettibile urgenza che l'ordinamento si doti di disposizioni legislative idonee ad assicurare l'armonizzazione di tale dialettico contesto [...] impone tuttavia di sottolineare l'esigenza che le parti, e lo Stato in particolare, diano tempestiva soluzione al problema individuato nella presente pronuncia attraverso un comportamento leale in sede pattizia, concretamente diretto ad assicurare regole appropriate per il futuro. Ciò nel rispetto dei vincoli di sistema, assicurando in tal modo un ottimale riparto delle risorse fiscali». Compito che non può essere svolto dalla Corte.

## 17. Le sentenze-monito

Accade talora che le pronunce della Corte costituzionale (di accoglimento o di rigetto) si arricchiscano di espressioni rivolte al legislatore, per indirizzarne nel merito l'attività, al di là delle necessità argomentative della motivazione. Si tratta dei cosiddetti «moniti» al legislatore, una categoria che comprende più d'un'ipotesi, con un denominatore comune: l'intento di inserire nel processo legislativo, presente o futuro, punti di vista attinenti al contenuto delle leggi ed elaborati in sede di giudizio di costituzionalità<sup>126</sup>.

*Moniti sul «modo» di provvedere.* In senso generico, possono considerarsi «moniti» sia quelli rivolti a sollecitare il legislatore a provvedere, sia quelli che indicano altresì come provvedere. Dei moniti a provvedere si è detto in occasione delle decisioni che «modulano» gli effetti delle sentenze (*supra*, pp. 242 ss.). Qui ci si sofferma esclusivamente sui «moniti circa il modo di provvedere». Le due categorie, per quanto siano per lo più accomunate terminologicamente, devono essere tenute distinte non solo perché riguardano realtà giurisprudenziali diverse, ma anche perché diversi sono i problemi che vengono sollevati.

*«Ratio decidendi» e logica degli argomenti.* Un effetto di indirizzo nei confronti del legislatore deriva in ogni caso dalla *ratio decidendi* delle pronunce della Corte, tanto più efficiente in quanto inserita in una pronuncia d'incostituzionalità che costringe il legislatore ad attivarsi di conseguenza. È questo – la determinazione della *ratio decidendi* – un momento essenziale della politica giudiziaria della Corte, poiché la sua influenza può variare a seconda del grado di specificazione e univocità raggiunto nel configurare la portata del parametro costituzionale. Su questo non c'è da dire, poiché è chiaro che la Corte è completamente padrona delle proprie motivazioni. Semmai, si può rilevare che la richiesta di motivazioni puntuali e costringenti, spesso avanzata dai commentatori, non solo vale in vista della possibilità di sottoporre a controllo l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, ma comporta anche, come conseguenza, l'irrigidimento sia della dinamica politica che dello stesso controllo di costituzionalità (nella misura in cui i precedenti sono avvertiti come vincolanti). Da ciò si comprende come l'andamento delle motivazioni non dipende solo da ragioni interne alla formazione della volontà del collegio costituzionale ma anche da ragioni rivolte all'esterno, che possono valere, a seconda delle circostanze, in diverso modo. Dove l'intento della Corte è di condizionare in massimo modo lo svolgimento dell'attività legislativa successiva alla decisione della Corte, essa introdurrà nella motivazione, anche al di là degli argomenti che costituiscono la *ratio* della decisione, specifiche indicazioni, ammonendo il legislatore a non lasciarle cadere.

In taluni casi, poi, la previsione degli effetti sul futuro, possibile, processo legislativo determina la scelta della *ratio decidendi*. Ci dovrebbe essere una logica, nell'argomentazione e nell'esame degli argomenti dell'argomentazione. Nella

<sup>126</sup> L. Pegoraro, *Le sentenze-indirizzo della Corte costituzionale italiana*, Padova, Cedam, 1984; M.C. Grisolia, *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero sul «potere monitorio» della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1982, pp. 926 ss.

sentenza n. 350 del 2010, si legge che «quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità (sent. n. 262 del 2009), è compito della Corte valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* devoluto al suo esame e stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre» (da ultimo, sent. nn. 212, 175 e 157 del 2017; 293 del 2010; 181 del 2010; 262 del 2009). Il che significa che, se le questioni sono legate tra loro da un «nesso di pregiudizialità» (come nel caso in cui si contesti la violazione del «giudicato costituzionale» o un vizio formale, rispetto a un vizio sostanziale), si dovrebbe esaminare quelle che «vengono prima». In realtà, non è sempre così. Ragioni, sempre discutibili, di politica giudiziaria possono indurre la Corte, a ritenersi sovrana anche sulla logica. Quando c'è un argomento, anche non il primo della lista, sufficiente a giustificare la dichiarazione d'incostituzionalità, tutti gli altri vengono detti «assorbiti», con la conseguenza che su di essi non si prende posizione<sup>127</sup>. È quanto accaduto nel caso del cosiddetto «lodo Alfano 1», deciso con la sentenza n. 24 del 2004, decisione d'incostituzionalità per ragioni di merito (con riguardo agli artt. 3 e 24 Cost.), pur in presenza di una censura di forma (lo *status* giuridico delle cosiddette «alte cariche dello Stato» può essere stato modificato con legge ordinaria e non con legge di revisione costituzionale). All'evidenza, questo argomento, «il come», precederebbe logicamente «il che cosa». Ma su di esso la Corte non si espresse, parendole sufficienti i motivi di merito e ritenendosi libera di esaminarli con precedenza su quelli di procedura. Nella successiva sentenza n. 262 del 2009 («lodo Alfano 2»), il problema è stato sollevato nei termini del «giudicato implicito», essendosi ritenuto che l'annullamento nel merito della legge significasse il tacito rigetto dell'argomento di procedura. Si è ribadito in quell'occasione che «quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità, rientra nei poteri di questa Corte stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre (sent. nn. 464 del 1992 e 34 del 1961). In tal caso, l'accoglimento di una qualunque delle questioni, comportando la caducazione della disposizione denunciata, è infatti idoneo a definire l'intero giudizio di costituzionalità e non implica alcuna pronuncia sulle altre questioni, ma solo il loro assorbimento. È quanto avvenuto, appunto, con la citata sentenza n. 24 del 2004». Inutile dire quali effetti negativi da questo uso arbitrario della logica del giudicare possono derivare per la certezza del diritto.

In senso specifico, i moniti al legislatore sono quelli che vanno al di là delle necessità argomentative della decisione. Sono proposizioni che mostrano l'intendimento della Corte di svolgere una funzione ulteriore, rispetto a quella tipica di un giudice chiamato a risolvere controversie in atto. Si può trattare di blandi inviti generici a rivedere organicamente una determinata disciplina, difettosa ma non incostituzionale; oppure, di segnalazioni puntuali di problemi irrisolti nella disciplina di un determinato istituto i quali, chiamando in causa la discrezionalità del legislatore, non si prestano a essere affrontati direttamente dalla Corte con proprie decisioni manipolatrici. Ma si può trattare altresì dell'indicazione delle linee alle quali la nuova disciplina legislativa deve uniformarsi, indicazioni nelle quali non riesce facile distinguere ciò che attiene alla legittimità costitu-

<sup>127</sup> A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, Jovene, 2013.

zionale da ciò che è invece sola opportunità. Normalmente si accentua il carattere «costituzionale» del monito, dicendo che esso vale a specificare le condizioni minime perché la nuova normativa possa ritenersi conforme alla Costituzione, sottintendendo la minaccia di trarre in futuro le debite conclusioni del mancato seguito che tale monito eventualmente avesse.

► *Esempio.* Il caso più noto è quello della sentenza n. 225 del 1974 che ha posto i noti sette «comandamenti» in tema di riforma dei servizi radiotelevisivi e che, per la sua precisione, è stata definita una sentenza-delega. Una delega, in questo caso, più costringente di quella prevista dall'art. 76 della Costituzione, poiché in quest'ultima è problematica l'efficacia vincolante circa l'*an* del provvedere, mentre nel caso menzionato la previa dichiarazione d'incostituzionalità della legge precedente rendeva politicamente indispensabile l'intervento legislativo. In tal caso, il monito era, per così dire, assoluto: *si deve* legiferare e *in questo modo*. In altre ipotesi, il monito si presenta, per così dire, relativo o condizionato: se vuoi legiferare in vista di un certo scopo, allora devi seguire queste indicazioni. Un esempio chiaro è rappresentato dalla sentenza n. 148 del 1981, che, ancora in tema di organizzazione dei servizi radiotelevisivi, ha subordinato l'ammissibilità della creazione di reti nazionali (i network) in mano ai privati all'approvazione di una seria normativa antitrust. Qui, più che di un obbligo, si sarebbe potuto parlare di un onere.

In analogia con le «doppie pronunce» usate dalla Corte per piegare l'attività interpretativa dei giudici, vi possono essere, dunque, altre «doppie pronunce» per indurre o costringere, questa volta, il legislatore a legiferare in una determinata direzione. Così, a una prima sentenza di rigetto che, per il momento, salva la legge ma invita a considerare determinate esigenze, può seguire una sentenza di accoglimento che ribadisce tali esigenze in modo più efficace (se non vi fosse un intervallo di tempo così lungo, in tal senso si potrebbe ricostruire la sequenza delle sent. nn. 59 del 1960 e 225 del 1974, in tema ancora di monopolio pubblico radiotelevisivo). In ogni caso, il rispetto delle indicazioni date, in un primo tempo, dalla Corte sarebbe garantito dalla possibilità che questa sia chiamata, nel secondo tempo, a esaminare la nuova disciplina.

In effetti, però, la giurisprudenza della Corte costituzionale, che pure usa indirizzarsi al legislatore per indicare le strade legislative da battere, non è poi rigorosa nel trarre automaticamente le conseguenze della mancata ottemperanza alle proprie indicazioni. La Corte costituzionale, di regola, tende essa stessa a svincolarsi dalla forza obbligatoria dei suoi moniti, o rifiutando per quel che le è possibile di ritornare sulla questione già decisa con sentenza monitoria, o riesaminando la questione nuovamente proposta come questione nuova, senza attribuire valore determinante alla mancata «esecuzione» dei propri moniti precedenti.

► *Esempi.* Esempi del primo tipo possono essere rappresentati dalle sequenze in materia, ancora, radiotelevisiva (quando la Corte, dopo aver dato «mandato» al legislatore di introdurre il «diritto di accesso», si è poi rifiutata di esaminare se la realizzazione di esso fosse conforme ai precetti da essa stessa posti) e in materia di interruzione volontaria della gravidanza (dove, a una prima decisione manipolatrice che indicava la necessità di una legge che ponesse in opera le cautele

necessarie affinché l'aborto non divenisse un mezzo di controllo delle nascite, sono seguite sistematiche pronunce di inammissibilità di questioni proposte al fine di verificare la corrispondenza delle scelte specifiche del legislatore: sent. nn. 139 del 1977, 108 del 1981 e altre, fino all'ord. n. 126 del 2012).

Un esempio del secondo tipo è rappresentato dalla sequenza costituita dalle sentenze n. 206 del 1974 e n. 140 del 1981, dove esplicitamente si affronta la questione del valore dei «moniti di merito» al legislatore. Si trattava della legittimità costituzionale del sistema tabellare (cioè, dell'elencazione espressa) adottato per l'individuazione delle patologie rilevanti in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali. Nella prima sentenza, la Corte aveva auspicato il passaggio a un sistema misto, cioè comprendente anche una clausola generale di apertura, che consentisse ai lavoratori di provare la dipendenza dall'attività lavorativa anche di malattie non comprese nelle tabelle. Nell'inerzia del legislatore dopo la prima decisione, i giudici comuni avevano riproposto la questione per il motivo assorbente del mancato adeguamento della legge ai canoni tracciati in quella sentenza. Si trattava, insomma, di attribuire carattere di automaticità al meccanismo della doppia pronuncia verso il legislatore. Di fronte a tale conseguenza, la Corte costituzionale è indietreggiata, usando un argomento principale: la distinzione tra motivazione della decisione (costituita dalla *ratio decidendi* in senso stretto) e motivazione del monito. Il richiamo alla prima può assumere valore determinante in una pronuncia d'incostituzionalità, per così dire, consequenziale alla prima decisione; il richiamo alla seconda, no. In questo modo, la Corte si è sottratta all'insidia (il riconoscimento di un valore meccanico ai suoi moniti) e si è garantita lo spazio per posizioni più sfumate. Nell'imbarazzato andamento della motivazione, traspaiono oscillazioni certamente dovute a perplessità e dubbi non risolti, circa l'ammissibilità stessa e i limiti di ammissibilità di questa funzione monitoria. Sulla medesima questione, la Corte è poi ritornata successivamente (sent. n. 179 del 1988), annullando la legge per una diversa «diagnosi» degli effetti sociali della legge, in presenza di innovazioni tecnologiche tali da aprire la via all'aumento non tipizzabile *ex ante* in apposite tabelle delle malattie professionali: dunque, per una ragione d'incostituzionalità del tutto autonoma dal monito iniziale (che pure viene richiamato, ma non come motivo sufficiente d'incostituzionalità).

*Il rispetto della discrezionalità legislativa.* L'obiezione che è stata tenuta particolarmente presente dai commentatori è quella più ovvia: il rischio che, attraverso i moniti, si creino vincoli all'attività legislativa, incompatibili con la libertà di apprezzamento politico che compete al legislatore. A ciò si risponde con considerazioni che intendono andare alla sostanza, considerazioni complessivamente favorevoli all'opera intrapresa dalla Corte attraverso le sue indicazioni legislative. Il potere d'indirizzo del giudice costituzionale si sarebbe finora concretato in «semplici indicazioni di *quel che si può fare* e di *quel che non si può fare* e, talvolta, magari, di *quel che si deve fare*, per non incorrere in censure d'incostituzionalità»<sup>128</sup>, con la precisazione che «la presunta invasione dell'ambito della "discrezionalità" legislativa avviene, per così dire, sul terreno della proposta, del programma, dell'indirizzo, non mai su quello propriamente operativo e realizzativo, essendo sempre rilasciata al legislatore politico la scelta dell'*an*, del

<sup>128</sup> Crisafulli, in Occhiocupo (a cura di), *Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 80.



*quando* e anche, in notevole misura, del *quomodo* procedere all'adozione di una disciplina»; si prosegue osservando che «è bensì vero che la Corte potrebbe, nel caso di inadempimento dei presunti “obblighi”, annullare la nuova normativa», ma che «non va dimenticato che questa è un'eventualità storico-politica e non già una conseguenza giuridica, un'eventualità [...] della quale [...] la Corte non sembra preoccuparsi più di quanto non lo sia nel seguire il reale sviluppo della società italiana»<sup>129</sup>.

Questo genere di argomenti, basato su una ricostruzione dei caratteri dei moniti che, in qualche caso, potrebbe apparire riduttiva, non convince pienamente. Potrà sembrare troppo semplice o lapalissiano obiettare rilevando la contraddizione insita nel ritenere efficaci e quindi utili i moniti della Corte e al contempo non intaccata la sfera di autonomia politica del legislatore. Se i moniti sono efficaci, la discrezionalità legislativa è limitata; se la discrezionalità non è limitata, i moniti sono inutili. Il problema è sempre quello di stabilire, in linea di principio, se limitazioni o interferenze di questo genere siano ammissibili. Ma non pare farsi passi in avanti quando, dalla scarsa incidenza che si ritiene abbiano avuto finora i moniti a causa dell'atteggiamento moderato mantenuto in proposito dalla Corte costituzionale, si induce l'ammissibilità del potere come tale. Anche perché, così ragionando, si finisce piuttosto per riconoscere proprio il contrario, cioè che quel potere in sé – usato in modo più pieno – sarebbe ingiustificato.

*Moniti di legittimità costituzionale e moniti di politica legislativa.* Sembrerebbero da distinguere due ipotesi. La prima è che gli indirizzi al legislatore consistano nell'affermazione e nell'esplicitazione di obblighi derivanti dalla Costituzione (moniti, dunque, di legittimità costituzionale). La seconda è che, invece, tali indirizzi siano il frutto di punti di vista d'opportunità, riguardanti una sfera d'indifferenza costituzionale (moniti di politica legislativa). Si dirà che è una distinzione astratta, difficilmente verificabile, data la natura politico-programmatica di molte disposizioni costituzionali, dove legittimità e merito sono strettamente intrecciati. Ciò però non rileva, poiché in realtà entrambe le ipotesi sembrano da escludersi. La differenza riguarda i motivi dell'esclusione, non l'esclusione stessa. Se quindi un caso specifico non si sa dove collocarlo, se tra i moniti di legittimità costituzionale o tra quelli di politica legislativa, poco male: comunque, vi sarà una buona ragione per ritenerlo inammissibile.

Iniziando dalla seconda ipotesi, è chiaro che, ove la Corte si facesse promotrice di indirizzi di natura politica, essa travalicherebbe il suo ruolo, che non è quello di un alto consesso di saggi, moderatori o fomentatori dell'attività legislativa, ma è quello di un giudice di legittimità costituzionale delle leggi esistenti. Inoltre, così facendo, essa verrebbe a influire, prima ancora che sull'organo legislativo come tale, sul gioco parlamentare,

<sup>129</sup> F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, in onore di Vezio Crisafulli. I: *Sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, pp. 517 ss.

divenendo attrice politica che opera per rafforzare o indebolire questo o quell'orientamento presente nello schieramento parlamentare. La Corte verrebbe così a farsi attrarre in contese che non dovrebbero riguardarla. La preoccupazione non è solo ipotetica. Basta leggere i resoconti parlamentari delle occasioni legislative più direttamente influenzate da precedenti moniti della Corte (per esempio, la riforma dei servizi radiotelevisivi, delle intercettazioni telefoniche, della disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, dei termini della carcerazione preventiva, del diritto di famiglia e del suo regime tributario, delle locazioni urbane e dei fitti dei fondi rustici, dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, delle immunità delle cariche dello Stato, delle questioni di bioetica ecc.) per osservare che gli spunti offerti dalla giurisprudenza della Corte valgono partigianamente come argomenti o pretesti di lotta politica: ci si ancora a essi quando conviene, magari li si deforma, oppure li si contesta puntualmente accusando la Corte di essere andata al di là del suo compito, oppure si fa mostra di volerli rispettare per accusare gli altri di stravolgerli o, più semplicemente, quando conviene, li si lascia cadere. Il che dimostra che i moniti della Corte sono sempre stati *trattati politicamente o partigianamente*, come non potrebbe del resto non essere. Sta alla Corte evitare che le sue pronunce siano messe in questa incresciosa situazione che la trascinerebbe su un terreno che non è il suo, nel quale essa perderebbe ogni specificità di ruolo, rispetto a quello giocato dalle forze e dagli organi politici in senso stretto<sup>130</sup>.

Quanto ai moniti di legittimità costituzionale, ove la Corte si limitasse a svolgere rigorosamente le esigenze di normazione implicite nei principi costituzionali, i rilievi che precedono potrebbero forse superarsi: in tal caso sarebbe facilmente individuabile, nell'ambito del processo legislativo, un ruolo specifico del magistero costituzionale. Inoltre, la libertà del confronto politico in Parlamento, almeno finché si svolga nell'ambito di un procedimento di legislazione non costituzionale, non potrebbe invocarsi oltre il limite del rispetto delle regole e dei principi costituzionali. Ma, con ciò, non si sarebbero superate tutte le difficoltà. All'ammissibilità dei moniti di legittimità costituzionale osta comunque uno dei caratteri fondamentali della giurisdizione costituzionale sulle leggi previsto nel nostro ordinamento: il controllo *a posteriori* e concreto. Attraverso gli interventi monitori, quale che ne sia l'efficacia, si apre la strada per un ruolo che, pur nell'ipotesi di minima efficacia, sarebbe consultivo, preventivo e astratto rispetto alle scelte da farsi: l'esatto contrario del sistema positivamente sancito dalla Costituzione e dalle leggi successive, le quali hanno voluto un ruolo successivo, repressivo e concreto.

Sul piano delle conseguenze di sostanza, quando si prenda coscienza del fatto che la Costituzione non è un insieme sistematico di valori e principi rigidamente e immutabilmente ordinati ma che esiste un rilevante problema di bilanciamento tra essi, e che il punto di equilibrio può variare

<sup>130</sup> L'esigenza di una distinzione di ruoli è sottolineata anche da chi giustifica un coinvolgimento della Corte nel processo legislativo: Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., p. 22: esigenza e coinvolgimento difficili da salvaguardare insieme.

nel tempo con l'emergere di situazioni politiche, sociali, culturali nuove, non si evoca forse in primo piano la funzione del legislatore, come quella di chi è interprete privilegiato di tali equilibri? Non si determinerebbe uno stravolgimento inopportuno e potenzialmente sclerotizzante collocando invece in primo piano le valutazioni di un organo come la Corte costituzionale? Il prima e il dopo, in questo genere di processi, non è un dettaglio trascurabile, ma è la sostanza politico-istituzionale stessa. Compito della Corte è vegliare sulla «non manifesta irragionevolezza» di tali equilibri, quali siano stati raggiunti nel processo politico; non partecipare alla loro determinazione.

In conclusione, la distinzione rilevante non pare tanto quella tra motivi di legittimità costituzionale e di politica legislativa, quanto quella che ha a che vedere con la struttura della decisione della Corte. I motivi del decidere – la *ratio decidendi* – costituiscono certamente indirizzi impliciti e rilevanti, che si rivolgono al legislatore, tanto più efficaci in quanto le linee di sviluppo della giurisprudenza costituzionale si sviluppano con coerenza. Nell'ambito di questi motivi, la funzione monitoria della Corte è implicita, necessaria, pienamente ammissibile e altamente benefica. Fuori di questo ambito, invece, essa costituisce o un'invasione in una sfera che, come quella della lotta politica, non le è propria; oppure significa l'assunzione di un ruolo, nel processo legislativo, opposto a quello che le è stato assegnato.

Solleva alcune perplessità la recente sentenza n. 272 del 2017, in materia di accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero. Ritenuta la necessità di una ponderazione tra interesse del minore e interesse pubblico alla certezza degli *status*, e rimessa tale valutazione al giudice, caso per caso, la Corte prende esplicitamente posizione sulla pratica della maternità surrogata, non solo affermando che è vietata dalla legge, ma ribadendo che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» e riconoscendole un «elevato grado di disvalore». Affermazioni che, al di là delle personali considerazioni sulla menzionata pratica, sembrano porsi come un limite a valutazioni e scelte del legislatore futuro, tramutando un monito in qualche cosa di più.

## PARTE V. IL «GIUDICATO COSTITUZIONALE» NEL GIUDIZIO SULLE LEGGI

### 18. Il giudicato costituzionale

La sentenza che dichiara l'incostituzionalità della legge è definitiva, non essendo ammessa contro di essa alcuna impugnazione (art. 137, terzo comma, Cost.). Tale definitività «formale» (o inimpugnabilità) porta con sé la definitività sostanziale, concernente gli effetti tipici di queste sentenze, come descritti dall'art. 136, primo comma, della Costituzione. Nessun altro soggetto o organo può metterla in discussione, in vista di una qualche conseguenza giuridica. Sotto questi profili, si parla – sia pure senza automatiche trasposizioni da altri settori del diritto processuale – di «giudicato» costituzionale, nei due aspetti: formale e sostanziale.

Qualora si pretendesse di porre nel nulla una dichiarazione d'incostituzionalità, l'atto sarebbe per ciò solo invalido (a meno che si operasse con legge di revisione costituzionale, derogando prima di tutto allo stesso art. 137, cpv., della Costituzione e sempre ch'essa non realizzasse una «rottura» della Costituzione, suscettibile in quanto tale di essere a sua volta dichiarata incostituzionale). Ciò spiega perché la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere l'autonomia del vizio della violazione del giudicato costituzionale rispetto a quelli materiali (sent. nn. 169 del 2015, 245 del 2012 e 262 del 2009), nonché la sua pregiudizialità rispetto alla valutazione di ulteriori parametri invocati (sent. nn. 5 del 2017; 24 del 2012 e 350 del 2010).

*Il giudicato costituzionale nei confronti del legislatore.* Il caso più discusso, anche perché più facilmente ipotizzabile, è quello in cui sia il legislatore ordinario a operare contro una decisione d'incostituzionalità della Corte costituzionale. A questo riguardo, si è operata una distinzione:

*a)* se la legge è meramente riproduttiva di altra, dichiarata incostituzionale, ma la sua efficacia non è tale da contraddire gli effetti propri della sentenza sulla legge precedente, come è nel caso in cui essa si proietti solo nel futuro, non vi è violazione del giudicato costituzionale. La legge riproduttiva sarà a sua volta incostituzionale per gli stessi motivi per i quali era incostituzionale la legge riprodotta. La dichiarazione d'incostituzionalità di questa varrà come semplice precedente, sia pure particolarmente costringente (così, ad esempio, sent. nn. 211 del 2003; 144 del 1976; 155 del 1984);

*b)* se invece la legge nuova ripristina la legge dichiarata incostituzionale, in relazione al periodo già trascorso, anche se solo transitoriamente in attesa di una nuova disciplina, novandone la fonte di validità, così pretendendo di porre nel nulla la sentenza d'incostituzionalità, allora viene a proposito la figura della violazione del giudicato costituzionale.

*Oscillazioni.* Nella giurisprudenza della Corte non sono mancate incertezze. Talora è stata dichiarata l'incostituzionalità di una legge per violazione dell'art. 136 della Costituzione, prescindendo dal riferimento all'esplicita efficacia retroattiva della disposizione legislativa confermativa o riproduttiva (sent. n. 545 del 1990). In altri casi, questioni sollevate con riferimento all'art. 136, sono state decise con argomenti riguardanti la violazione di parametri costituzionali sostanziali, ignorando la questione, evidentemente preliminare, del rispetto del «giudicato» (sent. nn. 347 del 1999 e 178 del 2000). Nella sentenza n. 223 del 1983, in relazione a una legge che prorogava una legge precedentemente annullata, è affermato che «il rigore dell'art. 136 impone al legislatore di accettare l'immediata cessazione dell'efficacia giuridica della norma illegittima, anziché prolungarne la vita sino alla nuova disciplina di settore; le decisioni di accoglimento hanno per destinatario il legislatore stesso, al quale è quindi precluso non solo il disporre che la norma dichiarata incostituzionale conservi la propria efficacia, bensì il perseguire e raggiungere, anche se indirettamente, esiti corrispondenti a quelli già ritenuti lesivi della Costituzione», senza che nessun rilievo sia dato all'efficacia retroattiva o *pro futuro* della nuova legge. Così è vietato prorogare meccanismi legislativi in via tran-

sitoria, in attesa della riforma organica della materia. Tuttavia, in un caso in cui la violazione del giudicato (espressemente invocato) avrebbe potuto essere utilizzato (sent. n. 245 del 1984, in relazione alla precedente sent. n. 307 del 1983), la Corte ha preferito ribadire l'incostituzionalità per autonoma violazione delle stesse norme sostanziali della Costituzione. Nella più recente giurisprudenza costituzionale, la stessa distinzione sopra delineata tende a svanire. In più decisioni, infatti, la Corte afferma che «il giudicato costituzionale è violato non solo quando il legislatore emana una norma che costituisce una “mera riproduzione” (sent. nn. 5 del 2017; 73 del 2013 e 245 del 2012) di quella già ritenuta lesiva della Costituzione», ma anche quando una legge, «manten[do] in piedi o [...] ripristinando, sia pure indirettamente, [...] gli effetti di quella struttura normativa che aveva formato oggetto della [...] pronuncia di illegittimità costituzionale» (sent. nn. 5 del 2017 e 72 del 2013), ovvero «ripristin[ando] o preserv[ando] l'efficacia di una norma già dichiarata incostituzionale» (sent. nn. 5 del 2017, 224 del 2016 e 350 del 2010), pretendesse di riportarla in vita o di prolungarne la vita, annullando così gli effetti propri della precedente decisione d'incostituzionalità<sup>131</sup>.

Non ogni nuova legge che abbia lo stesso o analogo contenuto di quella già dichiarata incostituzionale sarebbe, di per sé solo, lesiva del giudicato costituzionale, ma solo quella che pretendesse di riportarla in vita o di prolungarne la vita, annullando così gli effetti propri della precedente decisione d'incostituzionalità. Ma, la distinzione è tutt'altro che chiara, soprattutto per quel che riguarda il «prolungamento della vita» e il concetto di «esiti corrispondenti», usato in decisioni vecchie di cinquant'anni e rispolverato nella più recente giurisprudenza<sup>132</sup>. L'impressione è che un criterio chiaro per definire dove finisce la legge autonomamente incostituzionale per motivi di sostanza e la legge contrastante col giudicato non sia stato individuato dalla Corte, che agisce talora più «per impulso» che per criterio<sup>133</sup>.

*Gradazione nelle reazioni alla violazione del giudicato.* Le oscillazioni che si sono sopra riferite sembrano suggerire una tesi diversa da quella normalmente sostenuta. Si deve osservare che l'efficacia tipica delle dichiarazioni d'incostituzionalità non è solo per il passato, ma è anche (e soprattutto) per il futuro. L'art. 137 deve insomma leggersi insieme all'art. 136: il primo stabilisce l'impugnabilità delle decisioni in quanto «atti»; il secondo stabilisce gli effetti di tali atti, quando il loro contenuto è la dichiarazione d'incostituzionalità della norma contenuta nella legge (la cessazione di efficacia): effetti proiettati nel futuro e riferiti non all'atto ma al contenuto dell'atto. Perciò, non si potrebbe escludere la violazione

<sup>131</sup> In argomento, P. Caretti, *La Corte costituzionale e gli «inadempimenti» del legislatore*, in «Le Regioni», 1983, pp. 1226 ss.; A. Ruggeri, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>132</sup> A. Anzon Demmig, *Il rispetto del «giudicato costituzionale»: un richiamo severo della Corte al legislatore*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, pp. 4913 ss.

<sup>133</sup> F. Dal Canto, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2002; M. Losana, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sul «giudicato costituzionale»*, in «Giurisprudenza italiana», 2013, pp. 2225 ss.

della forza tipica del giudicato costituzionale anche quando il legislatore operasse, intendendo ripristinare la stessa legge nell'avvenire, qualora, nell'ambito della stessa vicenda politico-legislativa, la nuova legge si presentasse fornita di un significato antagonistico rispetto alla pronuncia d'incostituzionalità. Varrebbe allora non una valutazione tecnico-giuridica ma piuttosto politico-istituzionale. Non esistono differenze di efficacia tra un dispositivo di annullamento per nuova violazione, nel giudizio sulle norme riprodotte, delle norme costituzionali precedentemente invocate, e un dispositivo d'incostituzionalità per violazione del giudicato costituzionale. Le differenze riguardano la sottolineatura della gravità del vizio, che ha a che vedere non solo con l'incostituzionalità della legge ma con l'inammissibilità di un atto di ostilità nei confronti della Corte stessa. La scelta del dispositivo potrebbe dunque avere a che fare con l'intento di enfatizzare questa, si potrebbe dire, incostituzionalità «doppia» del comportamento del legislatore. Il grado successivo di rigore, nella reazione a difesa della giurisdizione costituzionale e dei suoi strumenti, potrebbe essere, infine, il conflitto d'attribuzioni sollevato dalla Corte costituzionale medesima, di fronte a sé stessa, nei confronti del legislatore<sup>134</sup>.

*Il giudicato nei confronti dei giudici.* Nel suo significato formale, la forza di giudicato della sentenza d'incostituzionalità comporta che non esista istanza giurisdizionale ulteriore, alla quale sia possibile ricorrere o appellarsi per ottenere l'annullamento o la riforma di quanto deciso. Diversa è la questione, mai affrontata in pratica, sulla quale le opinioni si dividono, se sia possibile – trattandosi di cosa diversa dall'impugnazione – la revocazione della decisione, in quali forme e in quali circostanze (ancora diversa è la «correzione degli errori materiali», disciplinata dall'art. 32 delle NI)<sup>135</sup>.

Le sentenze d'incostituzionalità, in tutte le loro manifestazioni (che siano o non siano classificabili tra le «fonti del diritto»), certamente comportano conseguenze obiettive sull'ordinamento giuridico. L'eventuale questione di costituzionalità proposta sulle norme quali derivano da una

<sup>134</sup> In argomento, A. Pizzorusso, «*Stare decisis*» e *Corte costituzionale*, in Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., pp. 35 s.; Pizzorusso, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 192; C. Mortati, *Le leggi-provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 121 ss.; A. Barbera, *Giudicato costituzionale e poteri del legislatore*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1963, pp. 611 ss.; E. Cheli, *Legge retroattiva di sanatoria e giudicato costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1963, pp. 599 ss.; V. Crisafulli, «*Riproduzione*» o «*conferma*» di norme dichiarate incostituzionali, in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, p. 1108; G.U. Rescigno, *Sanatoria ope legis di atti invalidi. Reiterabilità di disposizioni dichiarate incostituzionali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1963, pp. 1247 ss.; G. Lombardi, *Riproduzione transitoria di norme illegittime e elusione del giudicato costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1983, p. 1338. Sui compiti del presidente della Repubblica in sede di promulgazione, di fronte a legge lesiva del giudicato costituzionale, G. D'Orazio, *Riproduzione di legge dichiarata incostituzionale e poteri presidenziali in sede di promulgazione (spunti critici)*, Roma, Tip. Castaldi, 1968.

<sup>135</sup> R. Granata, *Le sentenze e le ordinanze «autointerpretative» della Corte costituzionale fra «novazione» e «ricognizione» del precedente decism*, Milano, Giuffrè, 2009.

sentenza d'accoglimento non può essere considerata un'indebita contestazione del giudicato: nemmeno quando la norma in questione sia stata introdotta da una sentenza «additiva». Se così fosse, ci troveremmo di fronte alla produzione di norme di valore costituzionale, e non invece di fronte a ridefinizioni delle leggi – cioè a leggi pur sempre sottoposte al loro normale regime di controllo di costituzionalità. Il «giudicato sostanziale» della Corte è cosa che attiene alle vicende processuali in cui il controllo di costituzionalità si svolge, ma non può trasformare la propria natura fino a diventare sigillo obiettivo d'intoccabilità, impresso in parti dell'ordinamento legislativo. Il sistema delle leggi, come si rende autonomo dagli «atti legislativi» che lo producono, così si distacca dagli «atti giurisdizionali» che lo controllano. Invece, toccandosi forse anche in questo caso qualcosa come la suscettibilità, la Corte è andata troppo in là nella considerazione della portata delle sue proprie sentenze.

È quanto accaduto con l'ordinanza n. 108 del 2001<sup>136</sup> che ha risposto in termini di «difesa del giudicato» e con una pronuncia d'inammissibilità a una questione sollevata su un'«addizione» operata sull'art. 34, secondo comma, del codice di procedura penale (cause di incompatibilità del giudice) da una precedente decisione (sent. n. 186 del 1992). Il giudice *a quo* contestava non la sentenza, ma la norma, effetto della sentenza, la cui legittimità costituzionale gli appariva dubbia, oltretutto alla stregua di un orientamento della stessa Corte costituzionale, successivo a tale decisione. Sarà pur stata una questione infondata, ma «inammissibile»?

copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna

<sup>136</sup> Su cui, criticamente, A. Pace, *Impugnazione (inammissibile) delle sentenze interpretative di rigetto o, piuttosto, riconsiderazione del «decisum»?», in «Giurisprudenza costituzionale», 2001, pp. 715 ss.*







copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna



## Considerazioni d'insieme

*Architettura costituzionale dei poteri.* I conflitti costituzionali sono il secondo ambito di competenza della Corte costituzionale, previsto dall'art. 134 della Costituzione. Essi comprendono: *a) i conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato; e b) i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni* (estesi alle Province di Trento e Bolzano, dall'art. 98 cpv. dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige). Il compito della Corte, nell'esercizio di questa competenza, è la garanzia dell'architettura politica delineata dalla Costituzione, un'architettura assai complessa che solo parzialmente è riconducibile alla tradizione del «costituzionalismo» e alla sua dottrina della tripartizione dei poteri.

I conflitti tra i poteri dello Stato (o conflitti «interorganici») sono quelli che si determinano dentro la *forma di governo*, cioè nell'articolazione della struttura centrale degli organi costituzionali. I conflitti tra Stato e Regioni (o conflitti «intersoggettivi») sono, invece, quelli che si determinano tra i due livelli costituzionali su cui sono distribuiti i pubblici poteri, quello statale-nazionale e quello regionale-locale. La suddivisione del potere pubblico in più poteri messi in rapporto e in tensione gli uni con gli altri, e la loro distribuzione tra più organi e tra più soggetti di diverso livello territoriale corrispondono alla duplice esigenza di garanzia e coinvolgimento: garanzia contro la concentrazione illimitata in alto, di cui gli abusi sono la conseguenza inevitabile; coinvolgimento dal basso, a favore della partecipazione politica e dell'autogoverno delle comunità locali. In due parole: la libertà e la democrazia.

Ne deriva un'articolazione di strutture costituzionali assai ricca, perciò potenzialmente idonea a determinare frizioni e conflitti, ciò che si spiega con la massima universale di Montesquieu: «Un'eterna esperienza è che chiunque ha potere è indotto ad abusarne; va fino a che trova dei limiti. Chi lo direbbe! Persino la virtù ha dei limiti. Affinché non si possa

abusare del potere, occorre che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»<sup>1</sup>.

*Garanzia imparziale.* Ma una volta costituiti i poteri e, per così dire, una volta messi in moto, il disegno d'insieme sarebbe stato rimesso semplicemente all'equilibrio *de facto* tra di loro. Ma sarebbe stato un equilibrio precario, esposto alla prepotenza dei forti a danno dei deboli. Già dal primo momento, non avrebbe più regnato la Costituzione, ma la politica e la sua dinamica. In breve, il disegno costituzionale dei poteri sarebbe stato travolto da forze selvatiche. La Costituzione scritta non sarebbe stata riconoscibile nella costituzione materiale. Anche l'Antico regime non era privo di «costituzione», come s'è visto (vol. I, pp. 18 ss.), ma questa si era formata senza alcun piano razionale, spontaneamente e arbitrariamente «attraverso i continui tentativi della nazione e della nobiltà, l'una per ottenere diritti, l'altra privilegi, e gli sforzi dei re per imporre il proprio potere assoluto»<sup>2</sup>. I regimi monarchico-rappresentativi, che le carte costituzionali dell'Ottocento disegnavano nei termini di un equilibrio paritario, ben presto, a loro volta, si erano modificati e semplificati a favore dell'elemento rappresentativo, che aveva confinato il re, in molti casi, in un ruolo solo formale. Ed era cocente, al tempo della Costituente, il ricordo di come i regimi dittatoriali e totalitari avevano potuto infilarsi nelle pieghe molli delle costituzioni d'allora, alterandole fin nel midollo. Il sistema dei poteri che, «per la disposizione delle cose» (secondo l'espressione di Montesquieu), avrebbero dovuto contenersi l'un l'altro nei rispettivi limiti, aveva completamente fallito.

Questa è la ragione che spiega l'istituzione presso la Corte costituzionale di un sistema di garanzie dell'equilibrio tra i poteri. Al fondo, c'è la speranza (o l'illusione) di poter predeterminare con precisione giuridica i ruoli dei protagonisti reali della vita politica, attraverso la regolamentazione dei luoghi istituzionali ove essi operano. Poiché è evidente l'influenza dei fatti e delle situazioni politiche sulla dinamica istituzionale effettiva, è apparsa altrettanto evidente l'esigenza di un organo terzo, estraneo all'influenza di tali fatti e situazioni, per aggiungere alle norme costituzionali una garanzia imparziale della loro osservanza. Predeterminato il sistema dei rapporti, ecco che occorreva rendere giustiziabili presso un organo come la Corte i conflitti che possono minacciare la tenuta di tale sistema.

*Oggetto dei conflitti.* Nel concetto di conflitto non viene in primo piano il controllo di costituzionalità su atti illegittimi. L'oggetto controverso del conflitto è la distribuzione delle competenze, non considerate in astratto, ma in relazione all'effettivo operare degli organi e degli enti costituzionali. Il giudizio, dunque, non verte primariamente sulla legittimità di atti, ma sulla spettanza di competenze costituzionali. Tra vizio di legittimità costituzionale e lesione dell'altrui competenza non esiste

<sup>1</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro XI, cap. IV (Paris, Éd. Garnier Frères, 1961, p. 162).

<sup>2</sup> M. de Staël, *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française*, 3 voll., II ed., Paris, Delaunay, Bossange et Masson, 1818, vol. I, p. 143.

necessariamente coincidenza: ci possono essere atti illegittimi non lesivi, ma – al contrario – ogni lesione non può che derivare da un atto illegittimo.

*Livello costituzionale.* I conflitti di cui è qui questione si collocano a livello costituzionale. Che cosa questa collocazione specificamente significhi, si cercherà di chiarire in seguito. Qui basti notare che il carattere anzidetto porta a escludere dal novero dei soggetti abilitati a confliggere di fronte alla Corte costituzionale tutti quelli cui non spetta uno *status* costituzionale. Quanto agli organi dell'organizzazione costituzionale centrale, ciò significa esclusione di quelli non di vertice, cioè subordinati a un vertice. Quanto ai conflitti intersoggettivi, ciò significa esclusione degli enti locali minori (art. 114: «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane...»), la cui autonomia è prevista dalla Costituzione ma solo in astratto, perché la sua definizione concreta è deferita alla legge, sia pure «secondo i principi fissati dalla Costituzione» (art. 114, secondo comma, Cost.). Il punto d'equilibrio tra «autonomia e decentramento» e «unità e indivisibilità» della Repubblica (art. 5 Cost.), per le Regioni è stabilito dalla Costituzione, con la garanzia della giurisdizione costituzionale; per i Comuni e le Province, è stabilito dalla legge, e la loro garanzia è presso la giurisdizione non costituzionale (sul punto e sulle proposte di allargamento dell'area del conflitto agli enti locali minori, si veda, però, *infra*, pp. 301 ss.). La Corte costituzionale, tuttavia, potrà eventualmente essere investita del controllo di costituzionalità della legislazione che determina l'ampiezza della loro autonomia, ove esse risultino in contrasto con «i principi fissati dalla Costituzione», ma non secondo la forma del conflitto bensì nelle forme proprie del controllo di costituzionalità delle leggi.

*Conflitto giuridico e accomodamento politico.* Nell'idea di «giuridificare» e «giurisdizionalizzare» i conflitti costituzionali c'è molto di astratto, come prova il fatto che, per buona parte, i conflitti fra gli organi e i soggetti costituzionali continuano a essere affrontati e risolti, come si usa dire, in via politica, attraverso mediazioni informali e aggiustamenti taciti che non chiamano in causa il quadro costituzionale formale. Così, la Corte costituzionale è per lo più tagliata fuori: come se la vita concreta della Costituzione attraverso i suoi organi e i suoi soggetti rifuggisse sempre, almeno in parte e nella parte più elevata, cioè più «politica», ai tentativi di ingabbiarla una volta per tutte in una corazza giuridica e cercasse invece equilibri più flessibili, capaci di adeguarsi alle esigenze delle situazioni e di piegarsi alla forza cogente di chi può imporre le sue ragioni<sup>3</sup>. Per l'organo o il soggetto che lamenti un torto, può essere più

<sup>3</sup> Per esempio R. Thoma, in *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer* (1928), Berlin-Leipzig, W. de Gruyter & Co., 1929, p. 104: «per quanto venerabile sia l'idea dello Stato di diritto, sarebbe certo più giusto non spingerlo al limite più alto e non condurlo nelle più alte sfere della politica, e rinunciare al sempre fallimentare tentativo di sovrapporre allo Stato un qualche ufficio giudiziario». Considerazioni generali su politica e diritto nei conflitti costituzionali, in S. Grassi, *Conflitti costituzionali*, in *Digesto*, IV, *Discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, Utet, 1989, pp. 362 ss.

conveniente subirlo (in attesa che maturino le condizioni per una rivalsa) che non provocare un conflitto esplicito che, in casi estremi, potrebbe mettere in moto forze incontrollate e processi di decostruzione costituzionale. Tanto più che, tra i massimi organi politici costituzionali, in un sistema come è il nostro, «unificato» da un pervasivo tessuto connettivo rappresentato dal sistema dei partiti, la distribuzione formale dei poteri tra gli organi rischia di apparire spesso, per l'appunto, solo formale: la strada più ovvia per dirimere i contrasti è allora la mediazione informale, dietro le cortine della Costituzione formale.

Le considerazioni che precedono chiariscono alcuni punti importanti circa il funzionamento della giustizia costituzionale in tema di conflitti di attribuzione. Esse spiegano perché questi abbiano raramente coinvolto organi entrambi «politici», essendo stati promossi per lo più da o contro organi giudiziari, organi le cui possibilità di accomodamento sono per lo più inesistenti. Inoltre, si comprendono le forme particolari di questo giudizio, che è stato definito «residuale» e, come tale, utilizzabile con un elevato grado di flessibilità<sup>4</sup>. Si comprende, infine, come la forma di governo sia sottoposta continuamente a modificazioni materiali, operate attraverso forzature «convenzionali» anche molto rilevanti, mentre a livello formale non se ne registrano i segni. Come esempi, si può segnalare la straordinaria espansione del ruolo del presidente della Repubblica, giustificato da alcuni giuristi con l'immagine della fisarmonica che si allarga e si restringe pompando aria ora di più ora di meno a seconda della musica da suonare e, talora, perfino teorizzato acriticamente dalla giurisprudenza costituzionale (come nella sent. n. 1 del 2013, su cui anche vol. I, p. 116 e p. 156); oppure, si può ricordare il ruolo preponderante del governo nel procedimento di «produzione del diritto», esercitato ora con lo strumento del decreto-legge, ora con quello della questione di fiducia in casi e situazioni certo inimmaginabili all'inizio della Repubblica.

Diverso è il caso della conflittualità sempre molto accentuata fra Stato e Regioni. Essa dipende probabilmente anche dal carattere tecnico-giuridico e non politico di questi conflitti. Il loro «tono» spesso non si distingue da quello di un qualunque giudizio amministrativo. Infatti, come si vedrà, si è posto il problema di determinare una linea di demarcazione, per stabilire quando debba essere presa una strada invece che l'altra e per evitare il rischio della banalizzazione del giudizio costituzionale.

*Giudizio di parti pubbliche.* Il conflitto costituzionale si svolge come giudizio di parti, promosso per la difesa dell'interesse pubblico soggettivo all'integrità della propria sfera di attribuzioni costituzionali. Solo sullo sfondo compare l'interesse oggettivo all'eliminazione degli atti incostituzionali. Si può dire così: la protezione *del diritto* si svolge tramite – o si avvale di – iniziative liberamente promosse a difesa *dei diritti* dei soggetti confliggenti e, quindi, ne dipende. C'è dunque differenza rispetto al giudizio di costituzionalità sulle leggi promosso in via incidentale, rispetto

<sup>4</sup> R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996.

al quale il rapporto è inverso: là, la protezione dell'interesse oggettivo alla conformità delle leggi alla Costituzione si riverbera nella protezione dell'interesse soggettivo delle parti nel giudizio; qui, la protezione dell'interesse soggettivo delle parti si riverbera nella protezione dell'interesse oggettivo al rispetto della mappa dei poteri stabilita dalla Costituzione.



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna





### 1. L'ambito soggettivo del conflitto

Il conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato è configurato come controversia circa la delimitazione degli ambiti funzionali garantiti dalla Costituzione ai diversi «complessi organizzativi», titolari di funzioni omogenee, che costituiscono la forma di governo statale.

*Soggetti sostanziali e processuali.* La determinazione di quali siano tali «complessi organizzativi», alla difesa delle cui attribuzioni è preordinato il conflitto, si identifica con la determinazione dei *soggetti sostanziali*. Questi soggetti non coincidono necessariamente con i *soggetti processuali*, quelli cioè abilitati ad agire e resistere di fronte alla Corte costituzionale. Gli ambiti organizzativi o «poteri» sono rappresentati in giudizio da organi appartenenti ai poteri, ma non è detto che vi sia coincidenza tra gli organi e i poteri delle cui attribuzioni costituzionali è problema.

Nel giudizio sul conflitto di attribuzioni tra enti, la questione è chiara: i «soggetti sostanziali» sono lo Stato e le Regioni, come enti o, meglio, come ordinamenti, e tali soggetti sono rappresentati processualmente dal presidente dei rispettivi organi esecutivi, quale che sia l'allocatione dell'attribuzione in contestazione in uno o in un altro degli apparati statali (e regionali). Nel giudizio tra i poteri dello Stato la distinzione tra soggetto sostanziale e soggetto processuale è posta dall'art. 37, primo comma, della legge n. 87. Esso prevede il conflitto insorto «tra gli *organi* competenti a dichiarare definitivamente la volontà dei *poteri* cui appartengono e per la determinazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali». L'organo è il soggetto processuale, il potere quello sostanziale. C'è coincidenza tra organo e potere quando il «potere» si esaurisce in un «organo» (caso dell'organo-potere come, per esempio, il presidente della Repubblica). Quando, invece, il «potere» abbia una struttura complessa (caso del potere-organi come, per esempio, il potere esecutivo), occorre che vi sia chi agisce in sua rappresentanza, e a questo scopo la disposizione citata individua, come soggetto processuale, l'or-

gano competente a «dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene».

L'anzidetta distinzione<sup>1</sup> tra soggetti sostanziali e processuali è importante. La confusione e l'unificazione tra il piano sostanziale e quello processuale comporterebbero la conseguenza di circoscrivere il conflitto ai soli casi in cui l'esercizio dell'attribuzione in contestazione sia conferito all'organo competente a «dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene». Che cosa accadrebbe, in un'organizzazione complessa, quando la lesione, alla quale si vuol reagire, riguarda un organo, per così dire, parziale di tale organizzazione; che cosa accadrebbe quando vi sia una dissociazione tra la titolarità della competenza e la competenza a dichiarare definitivamente quella volontà? Il giudizio sarebbe inammissibile perché il titolare della competenza non potrebbe proporre il conflitto e chi può proporlo non sarebbe titolare della competenza. Nella pratica giurisdizionale, tuttavia, la duplicità di legittimazione (sostanziale e processuale) non è tenuta presente. Ciò crea difficoltà. Per far coincidere legittimazione sostanziale e legittimazione processuale si sono moltiplicati i «poteri»: nei casi in cui si ritiene esistere un interesse sostanziale alla difesa di attribuzioni costituzionali, il titolare della competenza – pur essendo solo un frammento di un potere complesso – si è ritenuto abilitato a farlo valere nel giudizio sul conflitto.

► *Esempi.* Nelle sentenze nn. 231 del 1975 e 26 del 2008, è avvenuto quanto detto sopra, a proposito di conflitti sollevati nei confronti di commissioni parlamentari d'inchiesta istituite a norma dell'art. 82 della Costituzione. L'art. 37 citato avrebbe potuto indurre ad abilitare le Camere stesse, e non una loro articolazione, a configgere di fronte alla Corte<sup>2</sup>. Questa, invece, considerando «l'ampissima autonomia» di cui godono tali commissioni nei confronti del *plenum*, le ha abilitate a essere parti del conflitto medesimo. Ad analogo argomento si ispirano le sentenze nn. 49 del 1998, 502 del 2000, 69 e 174 del 2009, a proposito della legittimazione della *Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi*. A questo proposito, non si dice che tale commissione, non prevista dalla Costituzione, sia «potere dello Stato», ma che, pur essendo perfettamente autonoma rispetto alle due Assemblee parlamentari, è «organo competente a dichiarare in via definitiva la volontà» di entrambe: ecco a quale incongruenza può giungere la mancata separazione tra titolarità della competenza e legittimazione processuale.

*I poteri costituzionali.* Il tema dei conflitti tra i poteri costituzionali richiama immediatamente la classica dottrina della tripartizione dei poteri

<sup>1</sup> Prospettata inizialmente da F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1967, pp. 760 s. In argomento, anche Id., *Un conflitto di attribuzioni tra «poteri della regione»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1967, p. 1790; G. Grotanelli de' Santi, *Enti territoriali minori e conflitto tra poteri dello stato*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1970, pp. 1171 ss.; A. Pizzorusso, *Conflitto*, in *Novissimo Digesto italiano, App.*, vol. II, Torino, Utet, 1981, p. 386; A. Cerri, *Brevi osservazioni sui soggetti abilitati a sollevare conflitto di attribuzioni*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1971, p. 1165. Diversamente, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*. II: *L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, Cedam, 1984, pp. 429 s.

<sup>2</sup> In proposito, A. Pace, *Il potere d'inchiesta delle Assemblee parlamentari*, Padova, Cedam, 1972.

che appartiene alla storia del costituzionalismo. Essa distingue, separandoli, i «poteri» (in senso oggettivo e soggettivo) legislativo, esecutivo e giudiziario, ciascuno dei quali concepito come complesso organizzativo più o meno articolato, tra i quali si distribuisce la funzione fondamentale di cui ciascun complesso è titolare. Ma, questo modo di vedere sarebbe certamente inesatto se gli fosse conferito un valore diverso da quello di una prima approssimazione al tema. Innanzitutto, è da accertare in quale misura sia accolta la tripartizione dei poteri, come principio di organizzazione costituzionale (l'opinione prevalente tende a ridimensionarne la portata, riducendola al rapporto tra l'ordine giudiziario, da un lato, e i poteri politici, dall'altro<sup>3</sup>). L'organizzazione dello Stato, secondo la Costituzione, è suddivisa in base a esigenze di collegamento e coordinamento, nonché di bilanciamento e contrappeso, assai più complesse di quelle individuate dai padri del costituzionalismo, esigenze che non sono riconducibili, se non parzialmente, alla loro storica dottrina.

La nozione di potere si allarga, mutando fisionomia, per abbracciare tutti gli organi ai quali sia riconosciuta e garantita dalla Costituzione una «quota di attribuzioni costituzionali» (sent. nn. 87 e 88 del 2012), o, comunque, una «pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita» (ord. n. 17 del 1978, a proposito della legittimazione dei comitati promotori di referendum abrogativi). Così, la nozione unitaria di «potere» si scinde in quella di «organi titolari di poteri» costituzionali. Per esempio, le due Camere, che insieme formano il «potere legislativo», possono agire separatamente come poteri costituzionali, anche l'una contro l'altra (sent. nn. 150 del 1980 e 129 del 1981).

Quest'interpretazione corrisponde alla *ratio* che sorregge l'istituto dei conflitti tra i poteri: la «giurisdizionalizzazione» delle controversie insorte tra le strutture organizzative che identificano la forma di governo; questa interpretazione corrisponde anche alla seconda parte del primo comma dell'art. 37 della legge n. 87 che, riferendosi alla sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali, indica come carattere determinante dei poteri confliggenti la titolarità di attribuzioni costituzionalmente assegnate. Con tale definizione, si indicano certo gli organi titolari dei tre tradizionali «poteri», ma anche gli ulteriori fattori costitutivi della complessa organizzazione costituzionale, siano essi organi permanenti o temporanei (come, per esempio, il Parlamento in seduta comune delle due Camere, o le commissioni parlamentari d'inchiesta).

*Identificazione dei poteri costituzionali.* Alla stregua del criterio sopra enunciato, risultano essere poteri costituzionali, abilitati al giudizio per conflitto di attribuzioni, oltre a quelli facilmente riconducibili alla dottrina della tripartizione dei poteri:

a) la Corte costituzionale stessa.

<sup>3</sup> Al riguardo, F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Torino, Utet, 1966, pp. 472 ss.; G. Ballardore Pallieri, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente costituzione italiana*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1952, pp. 81 ss.

Dall'ordinanza n. 77 del 1981 in poi, fino all'ordinanza n. 261 del 2016 (relativa a un caso del tutto anomalo di conflitto proposto su un decreto del presidente della Corte con il quale si disponeva l'archiviazione di un ricorso, decreto ritenuto viziato da «errore materiale»), la legittimazione della Corte nel conflitto di attribuzioni è data esplicitamente per pacifica. Essa costituisce una sorta di chiusura di sistema, con la Corte che opererebbe, al tempo stesso, come giudice e parte<sup>4</sup>.

Nell'ordinanza n. 39 del 1968, in occasione di un potenziale conflitto con la Corte di cassazione, a proposito dell'efficacia vincolante di una decisione «additiva» in tema di diritti della difesa nel processo penale, la questione era rimasta impregiudicata. Essa venne in evidenza nella sentenza n. 62 del 1971, relativa alla medesima vicenda. Il governo era intervenuto, nel frattempo, a imporre con forza di legge il contenuto dell'«addizione». «La Corte – dice la sentenza – non può sottrarsi al dovere di affermare che la dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 304 bis c.p.p. [il codice del 1930] venne adottata nell'esercizio dei suoi istituzionali poteri, che le impongono di eliminare dall'ordinamento quelle norme che, in base alla sua insindacabile valutazione, risultino contrastanti con la Costituzione», e che quindi ogni atteggiamento che disconosca la legittimità di tali poteri è una lesione delle sue attribuzioni, aggiungendo, con riferimento al caso di specie, che «il pronto intervento legislativo ha reso superfluo il ricorso ad altri strumenti giuridici idonei a ripristinare il pieno rispetto delle competenze costituzionali», con evidente riferimento al conflitto di attribuzione. Una vicenda simile ma, si potrebbe dire, a parti rovesciate, ha dato luogo alla sentenza n. 110 del 2012. Ecco di che cosa si trattava: la Corte, in diverse decisioni (sent. nn. 265 del 2010; 164 e 231 del 2011) aveva dichiarato incostituzionale l'obbligo tassativo di disporre la custodia cautelare in carcere con riguardo ad alcuni specifici delitti indicati nell'art. 275, terzo comma, c.p.p. (delitti di natura sessuale); la Corte di cassazione (sez. III penale, 20 gennaio 2012, n. 4377), sulla base dei «principi interpretativi» enunciati dalla Corte costituzionale, in particolare nella sentenza n. 265 del 2010 (relativa all'induzione alla prostituzione minorile, al favoreggiamento e allo sfruttamento della prostituzione minorile), ne ha, *ope sua*, esteso la portata ad altro delitto (violenza sessuale di gruppo), su cui la Corte non si era pronunciata. Altro giudice, di fronte al medesimo problema affrontato dalla Corte di cassazione, ha invece sollevato la questione incidentale di fronte alla Corte costituzionale, la quale ha affermato la propria esclusiva giurisdizione contro la pretesa di altri giudici (nella specie la Cassazione) di «poter fare da sé»: «è corretta la tesi del rimettente, secondo cui le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere ad altre fattispecie criminose», onde l'effetto eliminativo non può raggiungersi per via interpretativa, ma solo tramite un'ulteriore decisione della Corte medesima. In questo modo, si è evitato l'insorgere d'un conflitto, diretto a ribadire il carattere accentrato del potere d'annullamento delle leggi.

<sup>4</sup> In argomento, S. Bartole, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della justice retenue*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1981, pp. 665 ss.; G.U. Rescigno, *Sull'ammissibilità del conflitto incidentale tra i poteri dello Stato e su altre regole in tema di conflitti secondo l'ord. 39 della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1968, pp. 1523 ss.; F. Pergolesi, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione fra i poteri dello stato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1959, pp. 1 ss.; S. Bartholini, *La promulgazione*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 411 s.; A. Ruggeri, *La Corte costituzionale: un «potere dello stato»... solo a metà*, in «Foro italiano», V, 1987, cc. 522 ss., ove la legittimazione della Corte – con argomenti tratti dall'efficacia dei suoi atti – è ammessa solo dal lato attivo (come ricorrente), non da quello passivo (come resistente), con la conseguente inammissibilità del conflitto nella seconda ipotesi.

Di conflitto di attribuzioni con la Corte costituzionale come giudice e parte ricorrente potrebbe trattarsi nell'eventualità di disconoscimento, a opera del legislatore, dell'efficacia di giudicato (*supra*, pp. 257 ss.) delle sue sentenze, sebbene finora si sia proceduto dichiarando incostituzionali le leggi nel giudizio incidentale, se e quando la relativa questione sia stata sollevata da un giudice nel corso di un giudizio.

*b)* Il presidente della Repubblica.

Egli è un «potere costituzionale» a sé e non – com'era un tempo – parte, anzi vertice, del potere esecutivo. È «titolare di un complesso di attribuzioni costituzionali, non inquadrabili nella tradizionale tripartizione dei poteri ed esercitabili in posizione di piena indipendenza e autonomia, costituzionalmente garantita» (sent. n. 1 del 2013). C'è tuttavia qualcosa che stona, quando il presidente della Repubblica è parte attiva nel conflitto. Anch'egli, come la Corte, sia pure a titolo diverso, è «custode della Costituzione». È inimmaginabile che, nel giudizio da lui promosso, possa soccombere. Sarebbe un fatto costituzionalmente destabilizzante, contrario alla saldezza delle istituzioni, istituzioni che entrambi sono tenuti a difendere. In questo caso, il conflitto si trasforma, di fatto, da giudizio a parità delle armi tra i contendenti a strumento del presidente, imbarazzante per la Corte, per chiederne e ottenerne un avallo, o una copertura.

Con le sentenze nn. 154 del 2004 e 290 del 2007, la Corte ha ritenuto ammissibile (salvo il rigetto nel merito, nel primo caso, e l'inammissibilità per diverso motivo, nel secondo) il conflitto proposto da un *ex* presidente della Repubblica (il senatore Cossiga) contro la Corte di cassazione, in relazione a un giudizio di responsabilità civile per dichiarazioni diffamatorie, pronunciate durante il settennato, a danno di due *ex* appartenenti all'ordine giudiziario: casi in cui era coinvolta l'interpretazione dell'immunità presidenziale secondo l'art. 90 della Costituzione. Con la sentenza n. 200 del 2006, inoltre, la Corte si è pronunciata sul merito di un ricorso del presidente della Repubblica (Ciampi) a proposito del potere di grazia, accogliendo la tesi della natura esclusivamente presidenziale di questo. Per altre ipotesi, si vedano l'ordinanza n. 150 del 1980, la sentenza n. 129 del 1981 e la recente ordinanza n. 225 del 2017, che ha ammesso il conflitto proposto dal presidente della Repubblica (Mattarella) avverso una sentenza della Corte dei conti, lamentando che non spettava a quest'ultima esercitare la giurisdizione sulla responsabilità amministrativa nei confronti di dipendenti della Presidenza della Repubblica.

*c)* Il ministro della Giustizia, per quanto riguarda la difesa delle attribuzioni che la Costituzione (artt. 107, secondo comma, e 110) gli assegna specificamente.

Così, nelle sentenze nn. 379 del 1992, 419 del 1995, 380 e 383 del 2003, 284 del 2005, gli si riconosce la legittimazione al conflitto per tutto ciò che sia in rapporto di strumentalità rispetto alle funzioni afferenti all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, comprese quelle concernenti l'organizzazione dei servizi relativi all'esecuzione delle pene e delle misure detentive. Questo riconoscimento vale innanzitutto per la difesa delle attribuzioni ministeriali nel rapporto con il Consiglio superiore della magistratura, quando

è prevista la procedura del mutuo «concerto», nella quale difficile è l'equilibrio tra le due parti che deve essere perseguito secondo il principio della «leale cooperazione». Questa legittimazione è simmetrica alla non-legittimazione del presidente del Consiglio dei ministri (sent. n. 379 del 1992), «dal momento che le attribuzioni in contestazione sono esclusivamente affidate dalla Costituzione al ministro della Giustizia [...] sulla base di una ripartizione di competenze che non può considerarsi alterata dal potere [del presidente del Consiglio] di sospensione degli atti ministeriali e di sottoposizione delle relative questioni al Consiglio dei ministri», secondo gli artt. 5 e 2 della legge n. 400 del 1988.

Diverso è il caso deciso con la sentenza n. 7 del 1996, relativa alla mozione individuale di sfiducia contro il ministro della Giustizia Mancuso. In quella decisione – che non collima del tutto con quanto affermato nelle sentenze sopra citate – si legge che «la sua posizione non si differenzia, ai fini qui considerati, da quella degli altri ministri, dovendosi ricondurre anch'essa in quella prospettiva generale che ha indotto la giurisprudenza costituzionale a escludere che la posizione del singolo ministro possa assumere specifico rilievo costituzionale in ordine ai conflitti di attribuzione e che, pertanto, lo stesso si qualifichi come potere dello Stato agli effetti dell'art. 37 della l. n. 87. E questo in quanto il potere esecutivo [...] non costituisce un potere “diffuso”, ma si risolve [...] nell'intero governo, abilitato a prendere parte ai conflitti tra i poteri dello Stato in base alla configurazione dell'organo stabilita dalla Costituzione (sent. n. 420 del 1995). La logica del governo parlamentare, proprio perché volta a privilegiare l'unità d'indirizzo, fa sì che l'individualità dei singoli ministri resti di norma assorbita nella collegialità dell'organo di cui essi fanno parte. Pertanto, il contrasto che eventualmente insorga fra un potere dello Stato e il singolo ministro si profila come conflitto che interessa e coinvolge l'intero governo». Tuttavia, secondo la Corte, il caso allora in questione metteva in gioco principi diversi che inducono a diversa soluzione, cioè al riconoscimento dell'individualità del ministro, come potere dello Stato: ciò accade in quanto «la posizione del singolo ministro sia messa in discussione da una mozione di sfiducia individuale che, investendone l'operato, lo distingue e lo isola dalla responsabilità correlata all'azione politica del governo nella sua collegialità, dando luogo non solo a una sua specifica legittimazione sul piano del conflitto con le Camere, ma comportando anche peculiari implicazioni [...] sul piano della responsabilità individuale». Sembra così essersi posto un punto di diritto valido in generale per tutti i ministri, non solo per quello della Giustizia, in presenza di mozioni di sfiducia individuali che li riguardano.

d) Il Consiglio superiore della magistratura e la sua Sezione disciplinare.

Per quanto generalmente qualificato non come «organo costituzionale», ma come «organo di rilevanza costituzionale», la legittimazione del CSM è stata riconosciuta senza esitazione, in giudizi in cui esso compariva come controparte del ministro della Giustizia (nel caso del «concerto») o della giurisdizione amministrativa chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle sue deliberazioni (di nomina a incarichi direttivi) (sent. nn. 379 del 1992; 380 del 2003; 284 del 2005). Analoga legittimazione si è riconosciuta alla Sezione disciplinare dalla sentenza n. 270 del 2002, sulla base dell'autonomia ch'essa gode rispetto all'organo nel suo complesso: «per ritenere sussistente la legittimazione a proporre conflitto di attribuzione è sufficiente constatare, da un lato, che l'attribuzione che si suppone lesa [...] è una di quelle spettanti al CSM in base all'art. 105 della Costituzione; e, dall'altro lato, che la Sezione disciplinare è competente a “dichiarare definitiva-

mente la volontà” del potere cui appartiene – vale a dire del CSM – in quanto le sue determinazioni in materia disciplinare sono insuscettibili di qualsiasi revisione o avocazione da parte del *plenum* e costituiscono piena e definitiva espressione della potestà disciplinare attribuita dalla Costituzione».

e) L'ordine giudiziario, rappresentato da ciascuno dei suoi organi (secondo quanto si dirà a proposito della legittimazione processuale), purché nell'esercizio di funzioni giudiziarie (precisazione necessaria in quanto l'autorità giudiziaria è talora investita di funzioni amministrative: ord. n. 84 del 1978).

Sebbene discussa in passato, la legittimazione in questione è ormai radicata nella giurisprudenza costituzionale (senza ch'essa faccia distinzione tra ordine giudiziario e sua rappresentanza processuale), al punto che la citazione di singole pronunce appare superflua. La giurisdizione si esplica attraverso un «potere diffuso», senza vincoli gerarchici interni. Non esiste un organo di vertice che possa «dichiarare definitivamente la volontà dell'organo cui appartiene», poiché tale dichiarazione è implicita in ogni decisione definitiva d'un qualsiasi organo giudiziario. Inoltre, ogni menomazione della sfera di attribuzioni costituzionali dei singoli giudici (quale che ne sia il nome, la funzione, la fase e il grado del processo in cui intervengono) è menomazione della giurisdizione come tale. Queste considerazioni valgono allo stesso tempo sia per i giudici ordinari che per i giudici speciali la cui sfera di attribuzioni sia determinata dalla Costituzione (artt. 24, primo comma, 103 e 125, primo comma, Cost.). Questa conclusione non vale, invece, per il pubblico ministero in relazione alle sue attività interne al processo, regolate dalla legge processuale e non dalla Costituzione, ma vale invece quando si tratta di difenderne il diritto-dovere d'esercizio dell'azione penale, secondo l'art. 112 della Costituzione (sent. nn. 404 del 2005 e 73 del 2006; ord. n. 276 del 2008; sent. nn. 57 del 2000 e 88 del 2012; e da ultimo sent. n. 183 del 2017). Tuttavia, essendo l'ufficio del pubblico ministero solo «parzialmente diffuso», la legittimazione ad agire nel conflitto d'attribuzioni spetta al «capo dell'ufficio», cioè al procuratore della Repubblica e non ai suoi «sostituti» (sent. n. 1 del 2013).

Diverso è il problema dei conflitti di giurisdizione: conflitti che insorgono tra organi appartenenti a diverse famiglie giurisdizionali (ordinaria, amministrativa, speciali). Giusta la definizione di «potere» che si è data più sopra, non vi sono ragioni per escludere la possibilità del conflitto con il quale si ponga il problema dei confini rispettivi dei diversi ambiti di giurisdizione, quando sia in gioco un'attribuzione di cui esista un fondamento costituzionale. L'anzidetta possibilità vale in aggiunta, non al posto dei conflitti di giurisdizione. L'art. 37 cpv. della legge n. 87 stabilisce che «restano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione». Tali norme attribuiscono alle Sezioni unite della Corte di cassazione il «regolamento di giurisdizione», per la determinazione degli ambiti della giurisdizione ordinaria e di quelli delle giurisdizioni speciali (artt. 41, 362 cpv., 368 c.p.c.; 51, primo comma, nn. 1 e 3, c.p.p.), e per il (desueto) controllo sul difetto di giurisdizione del giudice ordinario «a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione» (formula che deriva da un tempo superato, quando esistevano ambiti dell'amministrazione sottratti al principio di legalità<sup>5</sup>). Le mere «questioni di giurisdizione» non sono, infatti, conflitti in senso proprio (ancorché

<sup>5</sup> M. Nigro, *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in «Diritto processuale amministrativo», 1984, pp. 205 ss., e F. Cipriani, *Sui conflitti di attribuzione contro il potere giudiziario*, in «Foro italiano», I, 1982, c. 374.

l'art. 362 cpv. usi questa formula per indicare non il tipo di giudizio, ma il suo oggetto), poiché non mettono di fronte le giurisdizioni confliggenti: esse sono piuttosto degli strumenti di verifica dell'esistenza della giurisdizione in atto. Essendo altra cosa, il conflitto costituzionale può aggiungersi al regolamento di giurisdizione, qualora sia in questione la violazione della sfera delle attribuzioni determinate dalla Costituzione. Quest'ultima precisazione riconduce alla natura costituzionale che il conflitto deve possedere. L'esclusione del conflitto quando i soggetti sostanziali non siano titolari di attribuzioni determinate da norme costituzionali è coerente con la *ratio* del conflitto sopra detta: l'attinenza a una scelta costituente circa l'organizzazione politica fondamentale. Conseguentemente, i rimedi alla violazione delle norme sulla distribuzione (legislativa) delle competenze si troverà eventualmente presso le giurisdizioni comuni, ciò che conferma il carattere aggiuntivo del conflitto di attribuzioni.

f) Soggetti estranei all'organizzazione dello Stato-persona: il Comitato promotore del referendum abrogativo e i cinque Consigli regionali.

Un punto controverso riguarda l'ammissibilità di conflitti nascenti per la difesa di attribuzioni costituzionali non assegnate a soggetti dell'organizzazione dello Stato-apparato, ma a soggetti della cosiddetta «società civile». La prima difficoltà nasce dalla distinzione – che deriva da un'epoca trascorsa – tra Stato-apparato e Stato-ordinamento e dalla circostanza che l'art. 134 della Costituzione pare aver voluto circoscrivere i conflitti tra i soggetti appartenenti al primo ambito. Ma è una distinzione molto più sfuggente di quanto spesso si dice, e non deve essere troppo accentuata negli ordinamenti democratico-partecipativi<sup>6</sup>, tanto più che può avvenire che soggetti dello Stato-ordinamento siano assunti a svolgere funzioni rilevanti per lo Stato-persona.

La questione è stata esaminata dalla Corte costituzionale con riguardo al «comitato promotore» del referendum abrogativo, previsto dalla legge n. 352 del 1970 (lo stesso dovrebbe valere per il referendum costituzionale previsto dall'art. 138 della Costituzione e per i «delegati» delle Regioni che abbiano preso l'iniziativa). Codesti «promotori» sono stati considerati titolari, per conto della «frazione del corpo elettorale» che ha promosso il referendum, potere dello Stato, dotato di garanzia costituzionale a norma dell'art. 75 della Costituzione e, pertanto, i conflitti da quelli proposti sono stati ammessi (sent. nn. 69 del 1978; 30 e 31 del 1980 [d'innammissibilità, ma per ragioni diverse]; 49 del 1998; 174 del 2009; 169 del 2011<sup>7</sup>). Si noti che il «comitato promotore», pur non essendo un potere permanente, è deputato a vegliare sugli sviluppi successivi all'eventuale abrogazione referendaria e a sollevare conflitto ogniqualvolta si prendessero iniziative legislative, in ipotesi, contrarie all'esito del referendum (ord. n. 9 del 1997). La sua legittimazione al conflitto nasce e si esaurisce con lo svolgimento dell'*iter* referendario.

Al di là di questo caso, si è discusso dell'eventualità che il corpo elettorale stesso, come titolare di un'essenziale funzione costituzionale, possa essere promotore di conflitti, a difesa del proprio ruolo. Si tratta di un'idea non priva di valore

<sup>6</sup> G. Treves, *Principi di diritto pubblico*, II ed., Torino, Utet, 1973, pp. 19 ss.

<sup>7</sup> M. Branca, *Osservazione a Corte cost.*, 23 maggio 1978, n. 69; A. Cerri, *Promotori, corpo elettorale, potere legislativo*, Ufficio centrale, Corte costituzionale; C. Chiola, *Il «trasferimento» del referendum: lo spunto per una ipotesi evolutiva*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1978, rispettivamente pp. 589, 625 e 717; C. Mezzanotte, *Comitato dei promotori e conflitto fra i poteri dello Stato*, in «Democrazia e diritto», 1978, p. 83; A. Pace, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra i poteri*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1986, pp. 983 s.



in situazioni di distacco tra cittadini e «classe politica», ma, per ora, totalmente priva di base legale (da ultimo, ord. n. 256 del 2016). Ancora, si è discusso a proposito dei partiti politici, titolari anch'essi di una funzione, essenziale per la democrazia e riconosciuta dall'art. 49 della Costituzione, che si concreta anche in esercizio di poteri legali, come quelli che riguardano la partecipazione alle elezioni e alle procedure referendarie. Per ora, prevale la loro natura di «organizzazioni proprie delle società civili» e, dunque, la loro estraneità alla sfera organizzativa dello Stato e l'appartenenza delle loro funzioni a un ambito «pre-statale» (sent. n. 120 del 2009 e n. 79 del 2006).

*Autore e vittima della lesione: simmetria?* Nella configurazione del conflitto, si richiede da *entrambe le parti* il loro essere «poteri costituzionali». Tale doppia posizione deve intendersi rigorosamente quando si verta in casi di *vindicatio potestatis*, cioè quando sia in questione la spettanza, cioè la distribuzione (o a te, o a me) del potere contestato. Quando invece il conflitto si estenda al cattivo uso del potere (*infra*, p. 283), sfuma facilmente il doppio carattere costituzionale dei litiganti: non si tratta più, in questo caso, di equilibrare le posizioni entro il quadro dei poteri disegnato dalla Costituzione; si tratta esclusivamente di difendere l'integrità della posizione costituzionale che il soggetto ricorrente ritiene lesa. Per questo, l'attenzione, dalla natura del soggetto resistente (presuntivamente, l'autore della lesione) si sposta sulla natura della lesione denunciata del soggetto agente per difendere l'integrità delle sue attribuzioni.

Si veda, per esempio, la mera asserzione con la quale l'ordinanza n. 17 del 1978, in sede di delibazione preliminare, ha affermato di non poter «dubitare della legittimazione a essere parte del conflitto di cui trattasi dell'Ufficio centrale per il referendum della Corte di cassazione, competente a decidere sulla legittimità delle richieste con ordinanza definitiva». Nella successiva, e definitiva, sentenza n. 69 del 1978, quando la questione si poneva per la prima volta, il problema è stato addirittura ignorato, pur potendosi dubitare della natura delle attribuzioni di quest'ultimo organo: un giudice speciale istituito con legge ordinaria (la l. n. 351 del 25 luglio 1975). Invece, dall'attività di questo organo – indipendentemente dalla sua qualificazione come «potere costituzionale» – possono derivare senza dubbio lesioni ai diritti del comitato promotore e, indirettamente, dei cittadini elettori.

Anche i Consigli regionali promotori del referendum abrogativo (e del referendum costituzionale, *ex art.* 138 Cost.) possono essere parti nel giudizio su conflitto di attribuzioni. Tuttavia, essendo riconosciuto il potere di proposizione non all'azione dei singoli ma a quella comune di almeno cinque di essi, anche il conflitto può essere gestito non da ciascuno di essi isolatamente ma solo in accordo con tutti gli altri (ord. n. 82 del 2016). Analogamente, pur in assenza di precedenti, il potere di azione nel conflitto dovrebbe essere riconosciuto anche alle minoranze parlamentari che, a norma dell'art. 138 Cost., propongono il referendum costituzionale ivi disciplinato.

## 2. L'ambito oggettivo del conflitto (il fondamento costituzionale)

Si è fatto riferimento più volte alla necessità che il conflitto abbia natura costituzionale. Tale condizione è espressamente indicata nell'art.

37 della legge n. 87: la controversia deve insorgere per la «delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali». Il conflitto ha, dunque, a che vedere con il rispetto del disegno organizzativo fondamentale tracciato dal Costituente, non con quel che può derivare da più contingenti scelte legislative o sublegislative.

*Norme sulla competenza e sul buon uso della competenza.* Poiché poi, come si dirà, il conflitto può nascere anche dal *cattivo uso* di poteri rientranti nelle attribuzioni proprie degli organi costituzionali, e non solo dunque dall'*alterata distribuzione* di tali poteri tra di loro, possono essere rilevanti non solo le norme sulle competenze, ma altresì quelle atinenti alle modalità formali e sostanziali del *buon uso* delle competenze medesime. Ciò comporta che il giudizio della Corte possa determinare un rovesciamento di priorità logiche: da sindacato sulle competenze, da cui può derivare l'accertamento dell'illegittimità di atti, in giudizio su atti da cui può derivare l'accertamento della violazione di competenze.

*Norme costituzionali formali e materiali.* Le norme costituzionali invocabili nel conflitto sono innanzitutto le norme formalmente costituzionali. Ci si chiede se possano assumere rilevanza anche quelle materialmente costituzionali. L'art. 37 della legge n. 87 parla – come si è detto – di «norme costituzionali». Alla formula impiegata non bisogna però attribuire un significato restrittivo. Come si vedrà, a proposito del conflitto tra Stato e Regioni, l'art. 39 della legge n. 87 usa una parola più rigorosa: *Costituzione*. Eppure, anche in quel caso, non si è esclusa affatto la rilevanza di norme che, pur non comprese nel testo costituzionale, svolgono una funzione attuativa o integrativa di norme costituzionali<sup>8</sup>.

Anche per i conflitti tra i poteri, non c'è ragione di escludere il richiamo alle norme non formalmente costituzionali che – *in quanto costituzionalmente legittime* e formanti sistema con quelle costituzionali – contribuiscono a precisare il disegno organizzativo della Costituzione. Non si può limitare la proponibilità del conflitto non solo quando si abbia a che fare con norme costituzionalmente vincolate (nel qual caso la violazione delle une non può disgiungersi dalla violazione delle altre), ma anche quando esiste un rapporto di reciproca implicazione tra norme formalmente costituzionali e norme di sviluppo e attuazione delle prime, cosicché la violazione delle seconde «ridondi» in (cioè, produca) violazione di norme o principi costituzionali. Si pensi, come esempio assai chiaro, all'utilizzazione dell'art. 39 della legge sul referendum (come modellato dalla sent. n. 68 del 1978, che ha stabilito che la domanda di referendum su legge nel frattempo abrogata deve essere trasferita sulla nuova legge, se questa non ne modifica i principi ispiratori e i contenuti essenziali dei singoli precetti). La stessa cosa può ripetersi circa il rilievo di norme consuetudinarie, la cui utilizzazione da parte della Corte costituzionale non è frequente, ma è tuttavia significativa, come nella sentenza n. 129 del 1981 (a proposito della pretesa della Corte dei conti di sottoporre a

<sup>8</sup> Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 413.

controllo la gestione del bilancio della Presidenza della Repubblica e delle due Camere) e nella sentenza n. 7 del 1996 (sulla sfiducia individuale nei confronti del ministro della Giustizia). In ogni caso, ciò che occorre tenere fermo è che le fonti non formalmente costituzionali devono, per così dire, essere sorrette dalla Costituzione con la quale fanno sistema.

Il punto di vista anzidetto, espresso in questa o altra forma, è generalmente accettato. Si è anche andati più in là<sup>9</sup>, sostenendosi il carattere artificioso del costante richiamo che la Corte fa al fondamento costituzionale della pretesa avanzata attraverso il conflitto. Secondo questo punto di vista, spesso le norme subcostituzionali svolgono il ruolo di parametro esclusivo, al di là della mera «integrazione» delle norme costituzionali. La Corte nel giudizio sul conflitto «consoliderebbe» le risultanze normative vigenti, individuando la competenza per come essa si è concretamente istituzionalizzata e qualificando il «precipitato» di questo processo di consolidamento *come se* fosse la norma costituzionale. In tale modo, le fonti non costituzionali, scritte e non scritte, assumerebbero valore decisivo e il fondamento costituzionale formale retrocederebbe ad argomento retorico esteriore.

Non c'è dubbio che, anche per quanto riguarda la forma di governo (anzi, forse qui più che altrove), la Costituzione «vive» delle sue realizzazioni storiche concrete, e dunque anche delle fonti che la specificano. Ciò non dovrebbe, però, portare a negare la possibilità di tracciare, nelle sue linee fondamentali, il quadro del sistema dei poteri costituzionali, come un *a priori* rispetto agli sviluppi successivi. Occorre un'autonoma definizione costituzionale dei poteri – sia pure solo come base che si presta a integrazioni e specificazioni –, per poter distinguere nella normazione non costituzionale ciò che confluisce nella determinazione concreta dello schema costituzionale da ciò che è meramente accidentale, costituzionalmente indifferente e quindi discrezionalmente determinabile dalla legge. In quest'ultimo caso, il conflitto proposto invocando tali norme è inammissibile, per carenza di fondamento costituzionale: sentenza n. 385 del 1996, riguardante l'ampiezza della «giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica» della Corte dei conti. Oppure, la legge ordinaria potrebbe essere essa stessa incostituzionale e la Corte costituzionale, nel corso del giudizio sul conflitto, dovrebbe sollevare d'ufficio questione incidentale di legittimità costituzionale (sent. n. 241 del 2009).

Norma costituzionale, interpretazione della Corte costituzionale e legislazione s'intrecciano e fanno blocco senza che, spesso, sia possibile dire che cosa dipenda da che cosa. Così, la legge n. 352 del 1970, di attuazione dell'istituto del referendum previsto dall'art. 75 della Costituzione, entra a far parte del complesso normativo rilevante nel giudizio di costituzionalità (per esempio, sent. nn. 30 e 31 del 1980). Si pensi, ancora, all'assai nutrita giurisprudenza sui rapporti tra Autorità giudiziaria e Assemblee parlamentari, a proposito delle garanzie previste dall'art. 68 della Costituzione. A partire dalla sentenza n. 1150 del 1988 (confermata in numerose altre: cfr., per esempio, n. 443 del 1993), la Corte ha interpretato l'art. 68, primo comma, della Costituzione nel senso ch'esso attri-

<sup>9</sup> Pace, *Strumenti e tecniche di giudizio*, cit., pp. 788 ss.

buisca alla Camera il potere di valutare autonomamente la condotta addebitata a un proprio membro, con effetti inibitori nei confronti dell'attività dell'autorità giudiziaria, con la conseguenza ch'essa deve immediatamente prendere atto della delibera parlamentare d'insindacabilità, salvo il suo potere di sollevare conflitto d'attribuzione nei confronti di decisioni parlamentari arbitrarie, con contestuale sospensione del giudizio contro il membro del Parlamento<sup>10</sup>. In base a questa giurisprudenza, la legge n. 140 del 20 giugno 2003 ha dettato una minuziosa disciplina procedurale «attuativa» dell'art. 68, che certamente integra il parametro in caso di conflitto, alla quale la Corte si riferisce per valutare la correttezza costituzionale dei soggetti confliggenti (da ultimo, sent. nn. 188 del 2010 e 39 del 2012). Ecco, dunque, un «blocco di costituzionalità» che la Corte potrebbe tuttavia sciogliere, qualora dovesse ritornare sull'interpretazione dell'art. 68 della Costituzione precedente alla sentenza n. 1150 del 1988 e rovesciare l'ordine dei fattori (come molti commentatori hanno auspicato), consentendo all'Autorità giudiziaria, nell'ambito dei propri autonomi poteri, di definire in prima istanza la natura del fatto (parlamentare o non) per cui si procede e attribuendo alle Camere l'onere di sollevare successivamente ed eventualmente il conflitto. Gli esempi d'intreccio tra norme costituzionali e non costituzionali potrebbero moltiplicarsi. In certi casi, addirittura, il conflitto pare risolversi puramente e semplicemente come giudizio di legittimità di singoli atti, in applicazione di norme subcostituzionali che, semplicemente, possono vantare un riferimento a qualche principio costituzionale, anche non relativo al rapporto tra organi: così, macroscopicamente, la sentenza n. 69 del 2009, che ha deciso un conflitto tra la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi e il governo. Le attribuzioni della Commissione non sono previste dalla Costituzione (come, del resto, nemmeno la Commissione), ma «discendono dall'esigenza di garantire il pluralismo dell'informazione, fondato sull'art. 21 Cost., in base al quale la presenza di un organo parlamentare di indirizzo e vigilanza serve a evitare che il servizio pubblico radiotelevisivo [neppure questo previsto dalla Costituzione] venga gestito dal governo in modo “esclusivo e preponderante”».

### 3. I vizi deducibili nel conflitto tra i poteri

Nel conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato si è verificato – fin dall'inizio – il superamento della concezione che lo avrebbe voluto ridotto ai soli casi di *vindicatio potestatis*: una concezione che lo avrebbe reso quasi irrealizzabile in concreto; «quasi», perché le usurpazioni di potere sono certo difficilmente immaginabili ma possono accadere, come quando un giudice si arroga il diritto di provvedere in una questione di amministrazione (sent. n. 51 del 1986, a proposito di autorizzazione alla realizzazione d'una pista di sci, all'Abetone; sent. n. 123 del 1979, a proposito di un divieto di pesca del «novellame» emanato da un giudice). Il problema, nel conflitto tra poteri, non si pone diversamente che nel conflitto tra Stato e Regioni, come è stato esplicitamente riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale. Nella sentenza n. 129 del 1981, citando la sentenza n. 110 del 1970, leggiamo, per esempio, essere principio ormai consolidato che il conflitto, in entrambi i casi, non si restringe alla sola

<sup>10</sup> Cfr. M. Cerase, *Anatomia critica delle immunità parlamentari*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011, *passim* e, sul conflitto, pp. 100 ss.

contestazione circa l'appartenenza di un medesimo potere che ciascuno dei litiganti rivendichi per sé, ma si estende a comprendere ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere di uno consegue la menomazione di una sfera di attribuzioni di un altro.

Si possono ricordare, solo a titolo d'esempio: *a*) il conflitto sorto circa l'obbligo di una commissione parlamentare d'inchiesta di trasmettere all'autorità giudiziaria atti e documenti in suo possesso, rilevanti per l'esercizio della giurisdizione penale (sent. n. 231 del 1975); *b*) il conflitto in cui si trattava, analogamente, dei poteri della commissione parlamentare inquirente, operante nell'allora vigente processo a carico dei ministri, in relazione all'esercizio della giurisdizione penale ordinaria (sent. n. 13 del 1975); *c*) il conflitto sollevato dal «Comitato promotore» nei confronti dell'Ufficio centrale per il referendum sull'uso del potere di dichiarare la cessazione delle operazioni referendarie o di trasferirle sulla nuova legge, abrogativa della precedente (sent. n. 69 del 1978); *d*) l'intera serie di conflitti fra magistratura ordinaria e Camere (a partire dalla sent. n. 1150 del 1988) sull'interpretazione delle immunità parlamentari, conflitti configurabili non certo «nei termini di una *vindicatio potestatis*, dato che il potere di valutazione del Parlamento non è contestabile, bensì come contestazione di quel potere in concreto, per vizi dei procedimenti oppure per omessa o erronea valutazione dei presupposti di volta in volta richiesti per il suo valido esercizio» (sent. n. 443 del 1993).

*Il limite.* Il sindacato sul «cattivo uso del potere» contiene in sé una forza espansiva che deve incontrare un limite. Il limite è quello al di là del quale la Corte si trasformerebbe in supervisore generale di legittimità di ogni funzione costituzionale, attivabile in ogni caso in cui un potere dello Stato le si rivolga per contestare un atto ch'esso ritenga viziato: siamo pur sempre nell'ambito di un giudizio su conflitto e occorre evitare ch'esso si trasformi in giudizio di pura e semplice illegittimità. L'idea di allargare l'area del giudizio su conflitto fino all'attuazione, in generale, del principio di legalità nel funzionamento degli organi costituzionali, è certamente una tentazione. Essa corrisponderebbe a una visione della giustizia costituzionale come funzione «di chiusura» del sistema, ma non corrisponde all'idea specifica del conflitto di attribuzioni. Già a prima vista, il giudizio su conflitto non è un semplice giudizio di annullamento.

Tra le prime manifestazioni di quest'esigenza di delimitazione, troviamo le sentenze n. 30 e n. 31 del 1980<sup>11</sup>. Si trattava di ricorsi del Comitato promotore di referendum con i quali si contestava un'erronea decisione dell'Ufficio centrale per il referendum. Tale Ufficio aveva disposto la cessazione delle operazioni referendarie su due leggi nel frattempo sostituite da altre, laddove i ricorrenti assumevano (in applicazione dei criteri posti dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 68 del 1978) che la richiesta avrebbe dovuto essere trasferita sulle leggi nuove. La Corte ha argomentato che in tal modo si chiedeva puramente e semplicemente un riesame della decisione presa dall'Ufficio centrale, cosicché il conflitto si sarebbe trasformato in giudizio di legittimità, con stravolgimento del compito della Corte costituzionale la quale, in tal modo, avrebbe essa stessa usurpato un potere che non le spetta. A seguire la richiesta dei ricorrenti – ha osservato la

<sup>11</sup> Su cui V. Crisafulli, *Cattivo uso del potere e conflitto di attribuzioni*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1980, pp. 220 ss.

Corte – il ricorso per conflitto di attribuzione si sarebbe trasformato in strumento generale d'appello contro le pronunce dell'Ufficio centrale, alterando le linee del procedimento referendario, ove esiste una chiara distinzione tra la fase presso la Corte di cassazione e quella presso la Corte costituzionale. Le decisioni della prima sono perciò ritenute insindacabili nel merito, non spettando alla seconda un sindacato generale che la trasformerebbe in organo d'appello. A ciò, la Corte costituzionale aggiunge che l'autolimitazione e i confini al conflitto di attribuzioni valgono «a maggior ragione se si voglia attribuire all'Ufficio centrale la natura di organo giurisdizionale in senso stretto». Ciò indica lo scrupolo particolare cui il giudice costituzionale si attiene quando esistano problemi di rapporto con l'autorità giudiziaria, la cui posizione costituzionale, rispetto a intromissioni da parte d'altri poteri, è garantita dall'art. 101, secondo comma, della Costituzione.

Non è facile sintetizzare in una formula il confine necessario<sup>12</sup>. Un punto di partenza può essere dato dalla distinzione posta nella sentenza n. 289 del 1974: «Altro è che la dedotta lesione della competenza [...] derivi dal solo fatto di esercitare la giurisdizione nei confronti di atti o di soggetti che si affermino ad essa sottratti da norme costituzionali, altro censurare il modo come la giurisdizione si è concretamente esplicata, denunciando eventuali errori *in iudicando* nei quali» si sarebbe incorsi. Generalizzando, si può dire così: si ha materia di conflitto costituzionale non quando si denuncia un tipo qualsiasi di vizio del contenuto d'un atto, ma solo quando il vizio dell'atto, *in sé e di per sé e indipendentemente dal contenuto*, costituisce una lesione della posizione costituzionale del ricorrente.

Il conflitto costituzionale richiede che il vizio ipotizzato abbia a che vedere come tale con l'altrui sfera di attribuzioni costituzionali: non, dunque, un qualsiasi vizio di legittimità. Si deve sottolineare l'*espressione in sé e di per sé*. Per aprire la via al conflitto, non basta, anzi non rileva, che l'atto sia per qualunque motivo invalido; è necessario, e sufficiente, ch'esso esprima la pretesa (illegittima) d'un'intromissione in un campo che non spetta a chi l'ha posto in essere. In ipotesi, dal contenuto dell'atto potrebbe anche non derivare alcun effetto concreto e negativo, per chi lo subisce (si pensi a un controllo con esito favorevole). Il conflitto si giustifica comunque in quanto l'atto che ne dà motivo esprime la *pretesa d'istituire un rapporto indebito* di soggezione o, comunque, di condizionamento tra poteri, un rapporto che la Costituzione non conosce: un rapporto che, dunque, altera la forma di governo ch'essa prevede.

► *Esempi*. L'atto adottato da un organo senza la prevista partecipazione di altro organo (nelle diverse forme ipotizzabili), oltre a essere illegittimo, altera il rapporto tra di essi. Ma, come la Corte ha riconosciuto nell'ordinanza n. 43 del 1983, non c'è motivo di conflitto quando si allega l'esistenza di un mero vizio *in procedendo*. Si trattava di una legge, approvata con voto di fiducia, che comportava la decadenza di una domanda referendaria: anche ammesso che si trattasse d'un vizio procedurale della legge, esso non avrebbe comunque avuto nulla a che vedere con la posizione costituzionale del ricorrente (ancora una volta il comitato promotore per il referendum) in rapporto con quella del governo o del parlamento.

<sup>12</sup> Scettico su questa possibilità, Pace, *Strumenti e tecniche di giudizio*, cit., p. 797.

Gli atti che interferiscono con la «vita» di un certo organo (durata in carica dei suoi componenti, composizione, esercizio delle funzioni ecc.) possono influire sugli equilibri costituzionali. Ma una semplice sentenza dal contenuto sfavorevole non basta a giustificare il conflitto. Occorre che la pronuncia del giudice valga a istituire illegittimamente un rapporto di soggezione a quella giurisdizione<sup>13</sup>, come accade quando il giudice pretenda di sindacare atti coperti da immunità parlamentare, secondo l'art. 68 della Costituzione.

Ancora: il semplice *error in iudicando* non è idoneo a determinare il conflitto; ma il giudizio sulla base di una norma posta dal giudice stesso (e non riconducibile ad alcuna scelta del legislatore) – alterando i rapporti stabiliti dall'art. 101 della Costituzione – lo sarebbe sicuramente<sup>14</sup>. Nell'ordinanza n. 334 del 2008 (di inammissibilità del conflitto, nel caso Eluana Englaro) si legge che, per costante giurisprudenza (richiamata nell'ordinanza stessa), occorre che «sia contestata la riconducibilità della decisione [...] alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento di limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali»; che il conflitto nei confronti d'un atto giurisdizionale «non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici», cioè non può essere usato per sindacare semplicemente i presunti errori *in iudicando* o *in procedendo* nell'esercizio della funzione giudiziaria.

In conclusione: il vizio rilevante nel conflitto è dunque più ampio dell'incompetenza. Può consistere anche nel cattivo uso d'un potere di cui si è titolare. Ma non è sufficiente un qualsiasi «cattivo uso»: occorre che tale cattivo uso determini, o sottintenda, un rapporto e che tale rapporto non sia conforme al disegno costituzionale dei rapporti tra poteri.

#### 4. Gli atti che possono determinare il conflitto

Il conflitto di attribuzione può sorgere in relazione a qualsiasi tipo di atto, anche non definitivo. Non esistono limitazioni. Il conflitto costituzionale, infatti, è preordinato alla garanzia dell'integrità della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali (art. 37, primo comma, della l. n. 87 del 1953), senza che si dia alcun rilievo alla natura degli atti da cui possa derivare la lesione di tale sfera. A differenza della giurisdizione costituzionale sulla legittimità delle leggi, il cui ambito è determinato in relazione ai tipi di atti assoggettabili al giudizio, la giurisdizione costituzionale sui conflitti è determinata dalla natura dei soggetti che confliggono e delle competenze la cui integrità essi difendono. In effetti, il giudizio per conflitto d'attribuzioni non è giudizio sulla legittimità di atti (anche se, a seconda dell'esito del giudizio stesso, può conseguire l'annullamento dell'atto lesivo), ma è garanzia dell'ordine costituzionale delle competenze (art. 38 della l. n. 87), quale che sia la

<sup>13</sup> Crisafulli, *Cattivo uso del potere e conflitto di attribuzioni*, cit., pp. 220 ss.

<sup>14</sup> M. Manetti, *Abuso del potere interpretativo da parte del giudice*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1984, pp. 2349 ss.

natura dell'atto cui, in ipotesi, sia ascrivibile la lesione delle competenze costituzionali (così, sent. n. 457 del 1999). Inoltre, dato il superamento della concezione stretta del conflitto come *vindicatio*, sono idonei anche gli atti che, in quanto tali, pacificamente rientrano nell'ambito di attribuzioni del resistente e altrettanto pacificamente non rientrano in quello del ricorrente. L'unica eccezione, dovuta a ragioni specialissime concernenti il loro regime giuridico, è rappresentata dalle sentenze della stessa Corte costituzionale. Esse, in quanto inoppugnabili *ex art. 137 u.c.* della Costituzione, non possono dare origine al conflitto proposto da chi ne contesti il contenuto: nella decisione del conflitto è implicita la possibilità dell'annullamento dell'atto eventualmente riconosciuto lesivo di attribuzioni altrui, possibilità inesistente con riguardo alle sentenze della Corte costituzionale (ord. n. 77 del 1981).

*Conflitti su leggi.* Oggetto di controversia, invece, è stata la possibilità che il conflitto di attribuzioni sorga a proposito di leggi o di atti aventi forza di legge. Per lo più ammessa dai commentatori<sup>15</sup>, dopo una certa oscillazione iniziale questa possibilità è stata riconosciuta dalla Corte, sia pure in casi particolari e tenendo fermo il principio che il conflitto non è la via naturale e ordinaria per far valere i vizi delle leggi.

Nella sentenza n. 406 del 1989 (ribadita nelle ord. nn. 480 del 1995 e 73 del 1997), la Corte costituzionale ha affermato che «in linea di principio» il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato non può darsi contro una legge o un atto equiparato, poiché la sperimentabilità di siffatto strumento «finirebbe con il costituire un elemento di rottura del nostro sistema di garanzia costituzionale, sistema che, per quanto concerne la legge (e gli atti equiparati), è incentrato nel sindacato incidentale» la cui *ratio* è l'iniziativa giudiziaria a partire dalle concrete esigenze applicative della legge. Una limitazione (o «precisazione») a questa giurisprudenza, «interpretata e nuovamente valutata anche alla luce degli sviluppi della prassi e dei più recenti indirizzi della dottrina», è stata apportata con la sentenza n. 161 del 1995 che ha ammesso il conflitto su un decreto-legge in materia di informazione politica in occasione di consultazione referendaria. La Corte ha sottolineato la particolare esigenza di garanzia costituzionale, garanzia che sarebbe risultata insufficiente, tardiva e impotente di fronte all'irreversibilità degli effetti prodottisi, se si fosse dovuta svolgere nella via incidentale. Si trattava, dunque, di colmare quello che, di fatto, sarebbe stato un difetto di tutela, non privo di «rischi sul piano degli equilibri tra i poteri fondamentali», tanto più alla luce del «dilagare della decretazione d'urgenza» (nonché di quello che era allora l'attenuato rigore nella valutazione dei presupposti della necessità e dell'urgenza e della prassi abusiva della reiterazione dei decreti non convertiti).

Nella sentenza n. 457 del 1999, con riguardo a una legge che sottraeva una serie di enti pubblici al controllo della Corte dei conti, è stata apportata un'altra «precisazione». Sempre in vista dell'effettività della tutela, si è detto che non può escludersi in modo assoluto il conflitto nei confronti della determinazione delle

<sup>15</sup> In argomento, tra i molti, anche per indicazioni di letteratura, N. Zanon, *Giudici, legislatore e «volontà parlamentare» di fronte alla Corte costituzionale (in tema di conflitti di attribuzione tra poteri in via incidentale)*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, p. 3287, n. 2.



competenze di soggetti costituzionali, operata con legge: «dal valore, sì generale (rispetto alle leggi e agli atti equiparati), ma al contempo specifico (rispetto alla generalità degli atti) del giudizio incidentale deriva [...] soltanto che deve escludersi, nella normalità dei casi, l'esperibilità del conflitto tutte le volte che la legge, dalla quale, in ipotesi, deriva la lesione delle competenze, sia denunciabile dal soggetto interessato nel giudizio incidentale, come accade di norma quando l'usurpazione o la menomazione del potere costituzionale riguardi l'autorità giudiziaria, nell'esercizio delle sue funzioni» (analogamente, sent. n. 139 del 2001).

*Carattere concreto del conflitto.* Quanto alla necessità di un atto, come presupposto del conflitto, l'art. 37, primo comma, della legge n. 87, sembra differenziare il conflitto tra i poteri da quello tra Stato e Regioni, regolato dall'art. 39. Solo quest'ultimo articolo, non il primo, prevede che il conflitto nasca *a opera di un atto* che invada la sfera di competenza altrui. Sulla base di questa evidente differenza, si è talora argomentato per sostenere l'ammissibilità di conflitti preventivi (anteriori cioè al verificarsi concreto della lesione) oppure ipotetici (o, come si dice anche, «virtuali») <sup>16</sup>. A questo riguardo, tuttavia, si è fatto notare <sup>17</sup> che la tesi anzidetta, nei suoi termini più lati, non può essere accolta, poiché il conflitto presuppone pur sempre un'effettiva lesione, ciò su cui del resto si misura l'esistenza di un interesse ad agire nel giudizio stesso. In altri termini, il conflitto non può trasformarsi in strumento preventivo, utilizzabile per ottenere definizioni astratte dei limiti delle diverse attribuzioni (sent. n. 164 del 1963), strumento che andrebbe al di là della nozione di giurisdizione (sia pure di mero accertamento) e che trasformerebbe la Corte in organo consultivo. Nella già più volte citata sentenza n. 1 del 2013 si legge che vi è attualità e concretezza del conflitto anche solo quando vi è una «dichiarazione d'intenti», mentre è inammissibile quando si verta in una situazione di contrasto solo ipotetica, ossia quando il conflitto venga proposto «senza che siano sorte in concreto contestazioni relative alla delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali, non potendo la Corte essere adita a scopi solo consultivi». Infatti, è richiesto l'interesse ad agire, la cui sussistenza è necessaria e sufficiente a conferire al conflitto gli indispensabili caratteri della concretezza e dell'attualità. Perciò è necessario e sufficiente «il comportamento significativo, dotato di rilevanza esterna, anche solo preparatorio e non definitivo che esprima in modo chiaro e univoco la pretesa di esercitare una data competenza». Più che la moltiplicazione delle formule, dalla quale deriva in definitiva una lata discrezionalità della Corte stessa nel farle valere in concreto, ciò che è significativa è la casistica: nella sentenza da ultimo citata si trattava di un comunicato di una procura della Repubblica che conteneva una

<sup>16</sup> Sull'argomento, M. Mazziotti di Celso, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. II, pp. 74 ss.; Pizzorusso, *Conflitto*, cit., p. 387; C. Moratti, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2 voll., IX ed., Padova, Cedam, 1976, vol. II, p. 1447, n. 1; G. Chiarelli, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, p. 78.

<sup>17</sup> F. Sorrentino, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino e R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. XXIX, Bologna-Roma, Zanichelli, 1983, pp. 467 ss.

riserva circa l'attivazione delle procedure previste dal codice di procedura penale circa la distruzione delle conversazioni telefoniche nelle quali uno degli interlocutori era il presidente della Repubblica.

Il problema è dunque quello di determinare quando possa ritenersi esistente una concreta lesione e un attuale interesse al ricorso. Se si tiene conto che nei conflitti tra enti sono stati ammessi conflitti sorti su atti privi di efficacia immediata e diretta nell'altrui sfera di attribuzioni, come le circolari, le istruzioni, le nomine di commissioni d'indagine, le note ministeriali, i pareri, gli atti preparatori in genere, in quanto *espressivi di un'affermazione di competenza*, non si vede, malgrado la differenza delle formule della legge n. 87, come su questo punto vi possa essere differenza tra i due tipi di conflitti costituzionali. In questo modo sembra comporsi la disciplina legislativa (gli artt. 37 e 39 della l. n. 87) con quella costituzionale (l'art. 134), la quale non distingue i due tipi di conflitto, sotto il profilo qui esaminato (tanto che, in passato, si era dubitato della costituzionalità dell'ipotizzata differenziazione<sup>18</sup> o si era creduto di colmare lo scarto ricorrendo alla nozione di conflitto, come configurabile interpretativamente e unitariamente, sulla base del solo art. 134 della Costituzione<sup>19</sup>).

Alcuni casi specifici, oltre a quello sopra richiamato, sono stati oggetto di discussione. Per esempio, si è dubitato della proponibilità di conflitti su pareri espressi da organi consultivi, che contengono mere dichiarazioni di scienza circa il contenuto di atti di competenza di altri organi e non un'affermazione di volontà proveniente da un organo titolare di competenze attive, dal cui esercizio possano derivare lesioni<sup>20</sup>. Questo problema è probabilmente da risolvere alla stregua dei caratteri del parere: se è vincolante, non c'è dubbio che esso può prefigurare un'effettiva lesione di attribuzioni altrui; il conflitto dovrebbe allora ammettersi. Più dubbio è il caso del parere non vincolante. Ma il parere obbligatorio, ancorché non vincolante, dovrebbe poter essere alla base di un conflitto, in quanto sottintenda la pretesa di esistenza di un rapporto tra chi emette il parere e chi (anche se non è il destinatario) è titolare del potere il cui esercizio è l'oggetto del parere.

Si è altresì discusso della rilevanza dei meri comportamenti (e la Corte, nell'ord. n. 228 del 1975 e nella sent. n. 231 del 1975, ha affermato che, nei conflitti tra poteri, un atto può addirittura mancare, essendo talora sufficiente un mero comportamento, anche omissivo). Gli organi pubblici agiscono attraverso atti, e sono atti anche quelli che, eccezionalmente, non hanno forme prestabilite (si pensi a quelli in cui si estrinseca il cosiddetto «potere di esternazione» del presidente della Repubblica, che, in ipotesi, ben possono essere a base di conflitti tra poteri). Inoltre, l'atto viziato così gravemente da doversi qualificare come mero comportamento, non ascrivibile alla categoria degli «atti giuridici», scade a

<sup>18</sup> Id., *Brevi note in merito a un conflitto regionale a carattere omissivo*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1968, p. 1395.

<sup>19</sup> F. D'Onofrio, *L'oggetto dei giudizi sui conflitti di attribuzione*, in «Rassegna di diritto pubblico», II, 1963, p. 205.

<sup>20</sup> Nel senso dell'ammissibilità del conflitto, Mazziotti di Celso, *I conflitti di attribuzione*, cit., vol. II, pp. 77 s.; *contra*, Sorrentino, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., pp. 468 s. e ivi l'indicazione delle ragioni di opportunità costituzionale che valgono contro pronunce in astratto della Corte costituzionale, capaci non di prevenire, ma di aggravare i contrasti costituzionali.

mero fatto personale e sarà semmai rilevante come condotta illecita della persona fisica che li ha tenuti, sanzionabile in giudizi di responsabilità (penale, civile o amministrativa) del tutto diversi da quello su conflitto di attribuzioni. Quanto ai comportamenti omissivi (diversi dai meri comportamenti), il problema è tradurli in atti a contenuto negativo, non diversamente da quel che si dirà a proposito del conflitto tra enti (*infra*, pp. 302 ss.).

## 5. La legittimazione processuale

Soggetto sostanziale e soggetto processuale del conflitto, secondo quanto detto in precedenza, possono non coincidere. La determinazione dei soggetti processuali, abilitati a sostenere il conflitto in giudizio in nome del «potere costituzionale» cui appartengono, si pone in relazione alla struttura del potere stesso. Nessuna difficoltà sorge, naturalmente, quando il potere si identifica in un organo: il soggetto sostanziale e quello processuale sono la stessa cosa. Dove, invece, la situazione organizzativa è più complessa, trova applicazione l'art. 37 della legge n. 87 che, con formula tanto nota quanto oscura, stabilisce che di fronte alla Corte costituzionale il conflitto deve insorgere «tra gli organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono». Questa espressione (in particolare il *definitivamente*) non si riferisce propriamente ai problemi della definitività degli atti, come se ne tratta nella giustizia amministrativa. Ci si riferisce invece alla capacità degli organi di deliberare in ultima istanza, in modo che la loro volontà valga come volontà «ufficiale» dell'ordine organizzativo (il «potere») di cui l'organo fa parte (anche se ciò non esclude ch'esso possa ritornare sulle proprie deliberazioni, d'ufficio o su ricorso). Ciò che conta è, come è stato detto benissimo<sup>21</sup>, la capacità di «impegnare» l'intero potere, senza che altri, nel medesimo potere, possano assumere posizioni divergenti e sovraordinate.

Nella sentenza n. 228 del 1975, si dice che l'art. 37 allude «a organi i cui atti o comportamenti siano idonei a configurarsi come espressione ultima e [da altri] immodificabile dei rispettivi poteri: nel senso che nessun organo, all'interno di ciascun potere, sia abilitato a intervenire – d'ufficio o su sollecitazione del potere controinteressato – rimuovendo o provocando la rimozione dell'atto o del comportamento che si assumono lesivi». L'indagine circa l'individuazione di tale organo di vertice deve quindi farsi «caso per caso, alla stregua dell'ordinamento funzionale di ciascun potere e della posizione assegnata dalle norme costituzionali ai diversi organi che lo compongono» (sent. nn. 228, 229 e 231 del 1975). Si deve aggiungere che ciò che conta è la posizione dell'organo, non il regime dell'atto<sup>22</sup>, il quale potrebbe essere soggetto a gravame (e quindi non definitivo): conflitto e gravame stanno su piani diversi.

*Identificazione dei soggetti processuali.* Alla stregua di quanto disposto dall'art. 37 della legge n. 87, sono soggetti processuali:

<sup>21</sup> V. Crisafulli, *Appunti di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Roma, Bulzoni, 1967, p. 207.

<sup>22</sup> Id., *Lezioni*, cit., vol. II, p. 388.

a) per il *potere esecutivo*, il governo, rappresentato dal presidente del Consiglio dei ministri al quale spetta la garanzia dell'unità d'indirizzo politico e amministrativo, secondo l'art. 95, primo comma, della Costituzione. Non sono invece soggetti processuali del conflitto i singoli ministri (salvo quanto detto in precedenza, circa la posizione speciale del ministro della Giustizia: sent. n. 69 del 2009).

La situazione, però, non sempre è così semplice. Lo sarebbe se e in quanto l'organizzazione del governo (inteso in senso ampio, come insieme di strutture esecutivo-amministrative) fosse in ogni caso riconducibile a una piramide gerarchica, con al vertice il governo e, alla base, la miriade di soggetti che svolgono attività preparatorie, consultive, comunque precarie perché sottoposte a vigilanza, a interventi sostitutivi, ad avocazione, a revoca, ad annullamento d'ufficio o su ricorso. Neppure il governo è, oggi, un organo di vertice di questo tipo rispetto al «potere esecutivo», il quale pure non è un «potere diffuso» alla pari del potere giudiziario<sup>23</sup>. Gli organi collegiali amministrativi, infatti, si considerano estranei al rapporto di gerarchia e così pure quelli consultivi e di controllo. Eppure ciò nonostante – quando non siano in sé stessi da considerare soggetti sostanziali, in quanto dotati di proprie attribuzioni costituzionali e posti in posizione di indipendenza – essi devono ritenersi parte del potere esecutivo. La tendenza dell'esecutivo è sempre di più quella di abbandonare il modulo organizzativo gerarchico a favore di più elastici e più generici rapporti di direzione, coordinamento, controllo in senso lato, basati sulla differenziazione e integrazione di compiti. È da ritenere allora che, per un insieme di ragioni, da valutare complessivamente, concernenti l'estesa gamma di poteri non necessariamente gerarchici di cui il governo dispone rispetto agli organi del potere esecutivo (poteri di annullamento, indirizzo, coordinamento, nomina, rimozione, trasferimento, di disciplina ecc.), al governo stesso spetti la legittimazione ad agire e resistere di fronte alla Corte costituzionale in nome dell'intero «potere esecutivo». Prima o poi, il problema anzidetto si porrà, e non sarà facile risolverlo, con riguardo alle cosiddette «autorità amministrative indipendenti», per le telecomunicazioni, per il mercato e la concorrenza, per la protezione dei dati personali ecc.

b) Per il Parlamento, si deve distinguere il conflitto che sorga in relazione all'esercizio del potere legislativo (e, in genere, di poteri bicamerali) dal conflitto che riguarda l'esercizio di funzioni monocamerali (per esempio, il controllo sull'esecutivo) o le prerogative dei componenti le Camere o delle Camere stesse. Nei casi del secondo tipo, non si può parlare di «potere» risultante da più organi. Ciascuna Camera è potere a sé, legittimata perciò a difendere in giudizio le attribuzioni che le spettano singolarmente (salva l'integrazione del contraddittorio, quando la decisione può avere effetti sulle prerogative dell'altra Camera).

Per quanto riguarda invece i conflitti che sorgono in occasione dell'esercizio della funzione legislativa, attribuita collettivamente e con parità di poteri a entrambe le Camere, un organo competente a «dichiarare definitivamente la volontà dell'organo cui appartiene» non esiste: si potrebbe pensare che debbano essere le due Camere, collettivamente, attraverso atti bicamerali, ad agire o resistere di fronte alla Corte costituzionale. Questa soluzione, però, solleva difficoltà: il potere legislativo, soggettivamente, spetta a ciascuna delle Camere che, funzionalmente,

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 421.

lo esercitano collettivamente. Solo l'esercizio è collettivo, ma la titolarità è di ciascuna di esse. Inoltre, subordinare la difesa nel giudizio costituzionale delle posizioni di una Camera alla convergente volontà dell'altra Camera significherebbe subordinare l'una all'altra. L'esercizio della funzione legislativa è collettivo e indivisibile, ma il potere legislativo (nel senso soggettivo di partecipazione a esso) è individuale, secondo la suddivisione voluta dalla Costituzione.

I parlamentari, singoli o come gruppi, non sono stati ammessi al conflitto. Se si tratta di pretese violazioni del loro *status* nell'attività della Camera di appartenenza regolata dal rispettivo Regolamento e dalle prassi parlamentari, la Corte ha ritenuto che le relative controversie (per esempio, circa lo spazio consentito alle discussioni e alle procedure di deliberazione) devono risolversi per mezzo degli strumenti endoparlamentari, il conflitto in tali casi «non attingendo» al livello costituzionale (così ord. n. 149 del 2016). La chiusura non sembra, tuttavia, così netta (né, in tal senso, si pone la più recente ord. n. 280 del 2017), considerando la cautela che sembra trapelare dalla formula «nei termini in cui il conflitto è articolato», una cautela che sembra, almeno in apparenza, lasciare margini per una diversa decisione in futuro. La motivazione è comunque in sé piuttosto debole, tenuto altresì conto della circostanza che molte norme del regolamento sono certamente sviluppi o attuazioni di norme e principi costituzionali. Alla stregua della distinzione che la Corte ha fatto a proposito del vizio d'incostituzionalità formale della legge, con riferimento alla violazione di norme costituzionali o «solo» regolamentari, sarebbe dunque forse possibile proporre analoga differenziazione. Se mai, un argomento forte (ma non usato dalla Corte neanche nella più recente decisione che pur dichiara inammissibile il conflitto promosso dai parlamentari) potrebbe essere che i singoli parlamentari, pur avendo incontestabilmente uno *status* delineato dalla Costituzione, non detengono un «potere costituzionale», il potere costituzionale appartenendo all'organo collegiale del quale fanno parte.

c) Quanto agli organi della *giurisdizione*, occorre considerare che il «potere» giudiziario è, secondo la Costituzione, un «potere» diffuso (un «ordine», come dice l'art. 104 della Costituzione): esso si caratterizza perché ogni giudice, soggetto «solo» alla legge, è abilitato a decidere con pienezza di poteri e senza interferenza di sorta da parte di «superiori» istanze giurisdizionali, e perché le decisioni di ciascun giudice sono idonee a divenire intangibili manifestazioni della funzione giurisdizionale come tale, quando assumano la forza del giudicato (sent. n. 40 del 2012).

La Corte di cassazione è certamente la suprema magistratura ordinaria, cui compete la decisione di ultima istanza, nelle questioni di legittimità e di giurisdizione, ma – sebbene a essa spetti assicurare l'unità della giurisprudenza e la corretta interpretazione della legge – non è l'unico organo chiamato a pronunciarsi per l'intero ordine giudiziario: essa interviene solo su eventuale ricorso di parte e non d'ufficio; non sempre le sue decisioni, quando pur vi siano, sono l'ultima parola, trattandosi spesso di rinvii della causa ad altro giudice («di rinvio», appunto), non sempre vincolandolo all'osservanza di un «punto di diritto». Facendo leva su questi argomenti e superando quelli di segno contrario, la Corte costituzionale si è orientata ormai stabilmente a riconoscere la legittimazione processuale a ciascun organo giudiziario, ordinario e speciale: il soggetto sostanziale è l'intero ordine giudiziario (poiché altrimenti, se il soggetto sostanziale fosse il singolo organo giudiziario, varrebbero le norme relative alla risoluzione, non in sede di conflitto costituzionale, dei conflitti di competenza); ma tale soggetto sostanziale unitario è difendibile presso la Corte da ciascuno dei numerosi organi giudicanti

che formano l'ordine giudiziario. L'unità di quest'ultimo si manifesta in ciascun giudice, abilitato a difendere sé stesso e insieme il potere di appartenenza. Si ha qui, insomma, un caso anomalo di rappresentanza multipla di un potere unitario: un caso evidente di «potere-organici».

## 6. Il ricorso e il procedimento

*a)* La deliberazione del ricorso (o del controricorso) deve avvenire secondo le norme che regolano il funzionamento degli organi abilitati ad assumere la veste di soggetti processuali nel giudizio di fronte alla Corte costituzionale.

I casi meno ovvi su cui la Corte si è finora pronunciata sono i seguenti. Per il governo, agisce il presidente del Consiglio dei ministri, su deliberazione di esso. I singoli ministri non possono sollevare conflitto di attribuzioni, neppure se delegati dal presidente, se non previa delibera del Consiglio dei ministri: il ricorso è espressione di indirizzo politico e presuppone quindi collegialità di decisione (ord. nn. 49 del 1977 e 123 del 1979; sent. nn. 123 del 1979 e 150 del 1981). Poiché però il ricorso non è subordinato a termini di decadenza, la mancata previa deliberazione del Consiglio può essere sanata da una delibera successiva, dopo che l'ammissibilità del ricorso sia già stata deliberata sommariamente e prima che, con la notifica del ricorso alla controparte, il rapporto processuale venga a instaurarsi (sent. n. 123 del 1979). Ma, quando si tratti di difendere poteri propri, il presidente del Consiglio potrà agire e resistere in base a sue esclusive valutazioni (sent. n. 49 del 1977). Per le Camere, possono agire i rispettivi presidenti sulla base di conformi deliberazioni delle assemblee (sent. nn. 150 del 1980 e 129 del 1981). Per i cinquecentomila elettori richiedenti il referendum abrogativo, agisce il «comitato promotore», considerato dalla Corte costituzionale «l'istituzionale rappresentante» della volontà dei firmatari (sent. nn. 17 del 1978 e 69 del 1978). Da notare, infine, ancorché ovvio, che il ricorso non può che provenire da un soggetto abilitato a essere parte nel conflitto, e non da terzi i quali abbiano un qualche interesse a una pronuncia della Corte sul conflitto (ord. nn. 91 del 1965 e 82 del 1978).

*b)* Il ricorso deve contenere l'esposizione delle ragioni di conflitto e l'indicazione delle norme costituzionali che regolano la materia (non solo dunque le norme di competenza, come sarebbe secondo una concezione restrittiva del conflitto) (art. 24, primo comma, NI).

Valgono le prescrizioni circa la nullità formale del ricorso e le irregolarità sanabili previste dall'art. 17 del *Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato* (sent. n. 123 del 1979). Non è prevista la necessità dell'indicazione della controparte, anche se poi, per esigenze di contraddittorio, all'indicazione del controinteressato, cui il ricorso dovrà notificarsi, si dovrà arrivare. Ma l'individuazione di esso (o di essi) è fatta dalla stessa Corte costituzionale, non dal ricorrente (*infra*, lettera *f*).

La formulazione del ricorso deve rispettare il «principio di completezza e autosufficienza». Con riguardo ai conflitti concernenti l'art. 68, la Corte ha stabilito che «tale principio impone all'Autorità giudiziaria l'onere di indicare nel ricorso gli elementi che consentano alla Corte costituzionale di valutarne la fondatezza, raffrontando le dichiarazioni rese *extra moenia* dal parlamentare con

il contenuto degli atti tipici della sua funzione (sent. nn. 271 del 2007 e 163 del 2008). In particolare, l'atto introduttivo del giudizio deve riportare le espressioni ritenute offensive il cui contenuto deve essere riferito "compiutamente" e in modo "esatto" e "obiettivo"» (sent. n. 383 del 2006).

c) Valgono inoltre nel conflitto tra i poteri, in quanto giudizio di parti «di diritto costituzionale soggettivo», le regole che riguardano il conflitto tra Stato e Regioni, a proposito dell'interesse, della cessazione della materia del contendere e della rinuncia al ricorso (*infra*, pp. 324 ss.).

Un caso particolare di carenza di interesse è stato costruito dalla Corte (sent. n. 259 del 1986) quando ha dichiarato inammissibile un conflitto proposto da un giudice in materia di opposizione governativa del segreto di Stato. Il motivo dell'inammissibilità è stato individuato nel fatto che nel ricorso non si indicava «neppure il minimo collegamento» tra le notizie richieste (e rimaste segrete) e le esigenze processuali: una sorta di «irrilevanza» o di motivazione carente sulla rilevanza, cioè – nel linguaggio del conflitto – sull'interesse al ricorso. La pronuncia ricordata è da segnalare per il carattere beffardo dell'argomento. Come potrebbe infatti il giudice motivare la «rilevanza» o l'interesse senza prima aver conosciuto le notizie richieste? La Corte non ha fatto il piccolo passo per comprendere che – quando il conflitto nasce circa un atto rivolto a nascondere qualcosa, che dunque non si conosce – ciò che occorre tutelare sono le potenzialità del potere costituzionale che si ritiene leso.

d) La presentazione del ricorso non è sottoposta a termini di decadenza. Perciò, il conflitto può proporsi in ogni tempo. La *ratio* di questo carattere «aperto» del conflitto tra i poteri (che lo distingue nettamente da quello tra gli enti) è incerta. Consentire in ogni tempo la proposizione del conflitto comporta ipoteticamente il rischio di precarietà di ogni atto dei pubblici poteri, attaccabile in questo tipo di giudizio. Vale però l'esigenza dell'attualità dell'interesse al ricorso, che può venir meno in quanto il decorso del tempo, secondo i principi generali, consolida gli effetti degli atti giuridici, rendendo inutile, e quindi inammissibile, il conflitto.

Una volta proposto, il conflitto non può essere riproposto. Così disse la Corte (ord. nn. 143 del 2005 e 243 del 2006; sent. n. 223 del 2009), con riguardo non solo al rigetto nel merito, ma anche all'inammissibilità per ragioni formali. Sembra una contraddizione: se si può agire in ogni momento, perché non si può agire due volte, non per contestare una decisione della Corte nel merito, ma per correggere un errore sanabile, per esempio una notificazione fuori termine? Se ne è data una lunga giustificazione nella sentenza n. 116 del 2003: l'assenza di un termine di decadenza per la proposizione del conflitto deriverebbe dalla necessità di lasciare spazio per trattative e composizioni spontanee o «politiche» del contrasto. Ma, una volta presentato il ricorso, e certificata così l'impossibilità d'una composizione «amichevole», prevarrebbe l'urgenza della definizione del conflitto, onde evitare situazioni di perdurante incertezza (cfr. anche ord. n. 143 del 2005 e precedenti ivi richiamati)<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> R. Bin, «Ultima fortezza» e «regole d'ingaggio» nei conflitti interorganici, in «Forum Quaderni costituzionali», 2003, e C. Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 112 ss.

e) Nel giudizio sul conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato (non in quello sul conflitto tra Stato e Regioni) è prevista una fase preliminare all'instaurazione del cosiddetto «rapporto processuale». Essa si svolge in camera di consiglio ed è destinata a una valutazione preliminare e sommaria dell'ammissibilità del conflitto: una sorta di delibazione di «non manifesta inammissibilità», circa la «materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla competenza» della Corte, cioè una delibazione circa la natura costituzionale dei soggetti confliggenti e dell'oggetto del conflitto medesimo (art. 37, terzo e quarto comma, della l. n. 87). L'ordinanza che ammette il conflitto non pregiudica un eventuale giudizio di inammissibilità nella fase successiva, quando dai giudizi sommari si passa agli approfondimenti e all'esame delle eccezioni di parte. Se fosse diversamente, evidente sarebbe la lesione del diritto di difesa<sup>25</sup>.

Sottolineando il carattere riservato (l'assenza di udienza pubblica e di contraddittorio) della prima fase processuale in camera di consiglio, si è ipotizzata una «gestione discrezionale» del ruolo arbitrale della Corte nel controllo della dinamica dei rapporti tra poteri, nella vita e nello sviluppo della forma di governo<sup>26</sup>. L'esperienza non ha confermato questa intuizione che, d'altronde, avrebbe giustificato un'impropria commistione tra giurisdizione e politica, al massimo livello. In realtà, il controllo sull'ammissibilità dei conflitti tra i poteri svolge una funzione analoga al giudizio di «non manifesta infondatezza» nel giudizio incidentale sulle leggi. L'analogia è rafforzata dall'orientamento, largamente seguito, di ammettere il conflitto nei casi dubbi, in vista dell'approfondimento, una volta instaurato il giudizio e aperto il contraddittorio tra le parti.

f) Ove la Corte ritenga il ricorso ammissibile, ne dispone la notifica agli organi interessati entro il termine ch'essa stessa stabilisce (art. 37, quarto comma, della l. n. 87). Spetta dunque alla Corte individuare le parti resistenti e concorrenti tra le quali potrà instaurarsi il successivo contraddittorio.

Di regola, si tratta delle parti menzionate nel ricorso. Tuttavia, nei casi in cui è parte una Camera, ma si tratta di questioni coinvolgenti la posizione costituzionale anche dell'altra, il contraddittorio è stato allargato anche a quest'ultima, dall'ordinanza che ammette il conflitto. Si è trattato dei conflitti riguardanti i casi seguenti: la sfiducia individuale nei confronti di un ministro (ord. n. 470 del 1995); l'effetto inibitorio, nei confronti dell'Autorità giudiziaria, della pronuncia d'insindacabilità di membri del parlamento, *ex art.* 68 della Costituzione (ord. n. 6 del 1996); la qualificazione degli impegni parlamentari come impedimento alla partecipazione ad attività processuali in qualità di imputato (ord. n. 178 del 2001 e n. 102 del 2000); il rapporto tra Autorità giudiziaria ordinaria e «tribunale dei ministri», a proposito della qualificazione di illeciti penali, come reati comuni o «reati ministeriali» (ord. nn. 8 del 2008; 211 del 2010; 104 e 241 del 2011); la legittimità del potere di «autodichia» di una Camera, riguardante allo stesso modo anche l'altra (sent. n. 120 del 2014). Fa caso a sé quello di un *ex* presidente della Repubblica che sollevò due conflitti nei confronti dell'Autorità

<sup>25</sup> Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 377.

<sup>26</sup> Pace, *Strumenti e tecniche di giudizio*, cit., pp. 793 ss.



giudiziaria, a proposito dell'estensione dell'immunità prevista dall'art. 90 della Costituzione. Il contraddittorio fu esteso al presidente della Repubblica in carica, poiché la decisione del conflitto avrebbe avuto effetti sulla sua propria posizione istituzionale (ord. nn. 455 del 2002 e 357 del 2005).

La formula della legge («la Corte ne dispone la notifica») potrebbe far intendere che debba essere la Corte stessa a provvedere<sup>27</sup>, tramite la propria cancelleria. Invece, l'art. 24, terzo comma, delle NI («Il ricorso, con la prova delle notificazioni eseguite a norma dell'art. 37, quarto comma, l. n. 87, è depositato nella cancelleria della Corte, entro il termine perentorio di trenta giorni dall'ultima notificazione») fa chiaramente intendere che l'onere delle notificazioni spetta al ricorrente. Il mancato deposito, nel termine dei trenta giorni, della copia del ricorso contenente la relazione di notifica è causa d'inammissibilità. Tuttavia, il vizio si può ritenere sanabile dalla costituzione del resistente che vi sia egualmente stata (secondo un principio processuale generale del processo amministrativo). La materia delle notifiche, qui come in tutti i procedimenti giudiziari, è sempre ricca di trappole, cadendo nelle quali i ricorsi diventano irricevibili. La sentenza n. 144 del 2015 e l'ordinanza n. 101 del 2017 hanno precisato che l'irritualità d'una prima notifica del ricorso (in copia fotostatica invece in copia conforme) resta senza conseguenze se è seguita da nuova notifica rituale nel termine prescritto; che il rinvio *ex art. 22* della legge n. 87 al Regolamento generale per la procedura davanti al Consiglio di Stato deve intendersi oggi al «codice del processo amministrativo» il quale, a sua volta rinvia al codice di procedura civile e alle leggi speciali concernenti la notificazione degli atti giudiziari in materia civile (sent. n. 144 del 2015).

g) Il giudizio sul conflitto tra i poteri non è un giudizio «a parti fisse» (come quello tra Stato e Regioni), ma è un giudizio «a parti prefigurate» nell'ordinanza di ammissibilità: tale prefigurazione costituisce la base dell'anzidetto onere di notifica e realizza una sorta di invito a prendere parte al giudizio, invito al quale le notifiche sono strumentali. La costituzione in giudizio deve avvenire nel termine, anch'esso perentorio, di venti giorni dal decorso del termine di trenta giorni dall'ultima notificazione del ricorso, previsto per il deposito del ricorso (notificato) nella cancelleria della Corte (art. 24, quarto comma, NI).

Possono intervenire di loro iniziativa – ma non sono mai intervenuti – anche altri organi, diversi dal ricorrente e dal resistente: lo consente l'art. 20 cpv. della legge n. 87 («Gli organi dello Stato e delle Regioni hanno diritto di intervenire in giudizio»), subordinatamente alla dimostrazione di un interesse. Sembra dunque possibile un'estensione del contraddittorio tra soggetti pubblici, al fine di consentire una presenza diretta, non mediata dal soggetto processuale cui spetta agire e resistere, agli organi non di vertice del potere coinvolto; oppure, al fine di permettere la presenza di soggetti, non direttamente coinvolti, ma pur tuttavia portatori di interessi connessi a quelli trattati nel giudizio, come potrebbero essere il Consiglio superiore della magistratura o la Corte di cassazione, quando si tratti di conflitti che coinvolgono l'Autorità giudiziaria.

La costituzione in giudizio, secondo l'art. 3 delle NI (riguardante il giudizio incidentale ma, per effetto di rinvii normativi, applicabile anche al giudizio per conflitto di attribuzioni), «avviene mediante deposito in cancelleria della procura speciale, con l'elezione del domicilio, e delle *deduzioni comprensive delle*

<sup>27</sup> Così Mazzotti di Celso, *I conflitti di attribuzione*, cit., vol. II, pp. 150 ss.

*conclusioni*». Questa formula (e quelle analoghe) (art. 19, terzo comma, NI, per i giudizi sulle leggi in via principale) mira a «sollecitare un'adeguata prospettazione delle rispettive posizioni sin dall'ingresso delle parti in giudizio, ai fini di un arricchimento della dialettica processuale» (sent. n. 168 del 2010). In ogni caso, però, la Corte ha escluso che quella prassi (e, dunque, la mancata illustrazione delle conclusioni nell'atto di costituzione della parte convenuta o interveniente) comporti conseguenze sanzionatorie (cioè l'inammissibilità della costituzione), degradando così l'obbligo legale a pio desiderio (sent. n. 87 del 2012).

b) Dato invece il carattere pubblico del processo costituzionale sui conflitti di attribuzione, non è possibile l'intervento di soggetti privati, quali cointeressati o controinteressati al ricorso. La Corte tiene fermo questo principio: il conflitto genera un giudizio tra parti pubbliche; ha a che vedere con interessi costituzionali; gli interessi privati appartengono alla sfera dei giudizi davanti ai giudici comuni. Ammetterli al giudizio costituzionale significherebbe alterare «il tono» di questo giudizio (sent. nn. 496 del 1999, 375 del 1997 e 419 del 1995). Ma si è affermata anche un'importante deroga a questo principio, che vale nei casi in cui una delle parti (costituzionali) in conflitto rivendichi la sua immunità (o l'immunità d'un suo membro) dalla giurisdizione comune, alla quale il privato si sia rivolto precisamente allo scopo di far valere in giudizio un suo diritto (il caso più ovvio è quello in cui siano in discussione le prerogative parlamentari dell'art. 68 della Costituzione). Poiché dalla pronuncia della Corte sul conflitto può derivare l'improcedibilità o l'infondatezza della sua domanda (per esempio, di risarcimento di danni morali) – cioè, può derivare la paralisi del suo diritto d'azione e di difesa in giudizio –, la Corte si è indotta a porre un'eccezione alla chiusura manifestata in passato. Si tratta della sentenza n. 76 del 2001 (relativa alle immunità dei consiglieri regionali *ex art. 122 Cost.*), confermata e sviluppata nella n. 154 del 2004 (relativa all'immunità del presidente della Repubblica, *ex art. 90 Cost.*)<sup>28</sup>, ove si legge: «Negare ingresso alla difesa delle parti del giudizio comune, in cui si controverte sull'applicazione dell'immunità, significherebbe esporre tali soggetti all'eventualità di dover subire, senza possibilità di far valere le proprie ragioni, una pronuncia il cui effetto potrebbe essere quello di precludere definitivamente la proponibilità dell'azione promossa davanti alla giurisdizione: il che contrasterebbe con la garanzia costituzionale del diritto al giudice e a un pieno contraddittorio, che discende dagli articoli 24 e 111 della Costituzione, ed è protetto altresì dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo»<sup>29</sup> (da ultimo, sent. n. 262 del 2017). Questo orientamento è stato poi esteso anche con riguardo ai conflitti di attribuzione relativi

<sup>28</sup> A. Pugiotto, *Ben oltre il «caso Cossiga»: le importanti novità della sentenza n. 154 del 2004*, in «Diritto e Giustizia», 2004, pp. 14 ss., e T.F. Giupponi, *Il «caso Ielo» in Europa: Strasburgo «condanna» la Corte italiana in materia di insindacabilità?*, in «Quaderni costituzionali», 2006, pp. 381 ss.

<sup>29</sup> Sentenze 30 gennaio 2003, *Cordova c. Italia I*, ric. n. 40877/98, *Cordova c. Italia II*, ric. n. 45649/98.

all'insindacabilità parlamentare prevista dall'art. 68 della Costituzione. Nell'ordinanza 9 giugno 2015 (confermata dalla sent. n. 144 dello stesso anno) si dice che «sebbene di regola non sia ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi, tale preclusione non opera quando l'oggetto del giudizio consista proprio nell'affermazione o negazione dello stesso diritto di agire in giudizio».

*i)* Rispetto al conflitto tra Stato e Regioni (art. 40 della l. n. 87 del 1953), manca una norma esplicita che consenta la sospensione cautelare dell'atto che ha determinato il ricorso. Si è tuttavia ritenuto<sup>30</sup> che il principio dell'effettività della garanzia costituzionale, pregiudicata dai tempi ordinari di svolgimento del giudizio, autorizzerebbe la Corte a ragionare piuttosto per analogia che *a contrariis*, in presenza di un pericolo di danno grave e irreparabile all'ordine costituzionale delle competenze. Questa posizione è stata espressamente assunta dalla Corte nella recente ordinanza n. 225 del 2017, ove (seppur rigettando la domanda cautelare «nei termini in cui è formulata») si afferma che «la tutela cautelare è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale» e deve pertanto essere riconosciuta anche nelle singole tipologie processuali in cui il sistema della giustizia costituzionale, sia pure con le particolarità che lo connotano, si articola.

*j)* Si applicano, per quanto possibile, le norme relative alle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi, circa la pubblicazione del ricorso, la nomina del giudice relatore, la modalità di costituzione in giudizio, il deposito di memorie, le notificazioni e comunicazioni alle parti, il deposito degli atti del processo e al diritto delle parti di esaminarli, la riunione dei procedimenti, i mezzi di prova, il deposito di memorie, la convocazione della Corte in udienza pubblica, il deposito della decisione e le deliberazioni della Corte (art. 37, quinto comma, che rinvia agli artt. 23, 25 e 26 della l. n. 87; 24, quarto comma, NI, che rinvia a sua volta agli artt. da 3 a 9, secondo, terzo e quarto comma, da 10 a 17 delle Norme stesse).

## 7. La decisione

La pronuncia della Corte cade sulla spettanza della competenza in concreto («spetta» o «non spetta» a *x* l'adozione dell'atto *y*). Nel dispositivo, oltre a questa affermazione, si troverà eventualmente (nel caso in cui «non spetti») l'annullamento dell'atto viziato (art. 38 della l. n. 87). Questo è il contenuto tipico delle pronunce sui conflitti di attribuzione. Tuttavia, di recente, è venuta in essere un'autentica novità, una sentenza che potrebbe definirsi «additiva» e che rappresenta una bizzarra commistione tra il giudizio su conflitto e il giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi. Nel

<sup>30</sup> A. Predieri, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in Aa.Vv., *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, Vallecchi, 1966, pp. 203 ss.; in senso negativo, Mazzotti di Celso, *I conflitti di attribuzione*, cit., vol. II, p. 165.

«dispositivo» della già più volte citata sentenza n. 1 del 2013, a proposito del conflitto proposto dal presidente della Repubblica sulla sorte delle conversazioni telefoniche di cui era stato parte il presidente stesso, leggiamo: «non spettava alla procura della Repubblica di omettere di chiedere l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni [ai sensi di alcune norme del codice di procedura penale] senza sottoposizione della stessa al contraddittorio tra le parti e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate». In questo modo, con la doppia negazione («non spettava non...») si sono introdotte norme precedentemente non previste o, quanto meno, oggetto d'interpretazione controversa, per arrivare immediatamente allo scopo: la protezione del presidente della Repubblica, senza attendere i tempi della procedura più lunga e complessa che avrebbe comportato la proposizione della questione di costituzionalità sollevata d'ufficio dalla Corte di fronte a sé stessa, una volta che fosse stata ritenuta rilevante e non manifestamente infondata. Questa avrebbe dovuto essere la fisiologia dei giudizi costituzionali, conforme alle indicazioni provenienti da una parte dei commentatori e ignorate dalla Corte, pressata da evidenti ragioni di Stato.

Nel caso di procedimenti in cui interviene più d'un potere costituzionale, in vista d'un risultato comune, la giurisprudenza costituzionale fa uso del concetto di «leale collaborazione»: un concetto che «deve sempre permeare di sé il rapporto tra poteri dello Stato» (sent. n. 26 del 2008). Il primo esempio è la sentenza n. 379 del 1992, relativa al procedimento di conferimento di uffici direttivi nella magistratura ordinaria che si svolge «di concerto» tra il Consiglio superiore della magistratura e il ministro della Giustizia, e si conclude con un decreto del presidente della Repubblica. Il concetto di leale cooperazione è «precisato» attraverso una moltiplicazione di parole: «l'attività di concertazione deve svolgersi secondo comportamenti coerenti e non contraddittori, tanto in relazione alla specifica proposta da formulare, quanto in relazione a pregresse proposte riguardanti lo stesso magistrato o lo stesso incarico. Le parti, inoltre, non possono dar luogo ad atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di correttezza e di apertura alle altrui posizioni». Così argomentando, il giudizio sul conflitto si trasforma in giudizio di fatto: non riguarda più la spettanza del potere, ma «il come» il potere è stato esercitato in concreto, con una modificazione evidente del significato del giudizio, che si riflette nel dispositivo della decisione: la Corte dichiara che spetta al ministro non dar corso alle deliberazioni del CSM quando sia mancata un'adeguata attività di concertazione, ispirata al principio di leale cooperazione «e conseguentemente, essendo mancata nella specie la detta attività, spetta al Ministro non proporre al presidente della Repubblica il decreto di conferimento dell'ufficio direttivo di presidente della Corte d'appello di Palermo relativo alla delibera del CSM in data ecc.». Naturalmente, la leale collaborazione comporta una certa elasticità nella concezione dei doveri propri di ciascun organo costituzionale. Per questo, mal si attaglia agli organi della giurisdizione, le regole alle quali essi devono sottostare essendo «assai più fitte e rigorose di quanto non siano quelle che accompagnano l'azione degli organi» d'indirizzo politico (sent. nn. 87 e 88 del 2012).

La decisione è vincolante *erga omnes*, ma limitatamente all'atto che ha determinato il conflitto. Non potrebbe, per esempio, un giudice comune,

investito del problema della legittimità dello stesso atto sotto il profilo dell'incompetenza, già esaminato dalla Corte in sede di conflitto, rovesciare la pronuncia costituzionale e, ancora per esempio, annullare l'atto, ritenendolo invasivo di una sfera di attribuzioni costituzionali estranea a quella di chi l'ha posto in essere, quando la Corte avesse viceversa riconosciuto la spettanza del potere a chi lo ha esercitato. Ciò è conforme all'esigenza di non contraddizione dei giudicati, in una situazione in cui alla Corte costituzionale spetta la giurisdizione esclusiva sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato.

Rispettosa di questa «distribuzione dei compiti» è la decisione con cui la Corte di cassazione (I sez. pen., n. 20447 del 16 maggio 2014) ha dato seguito alla sentenza n. 24 del 2014, in merito all'apposizione del segreto di Stato nel noto caso della *extraordinary rendition* di Abu Omar. La Corte di cassazione, sostanzialmente rivedendo i limiti del segreto di Stato, aveva annullato la decisione della Corte di appello di Milano di proscioglimento degli imputati, decisione assunta sulla base dell'inutilizzabilità delle loro dichiarazioni in quanto coperte da segreto di Stato) e, di conseguenza, la Corte di appello di Milano, in sede di giudizio di rinvio, ne aveva affermato la responsabilità penale. La Corte costituzionale con l'indicata sentenza dichiara però la non spettanza alla Corte di cassazione e alla Corte di appello di Milano dei poteri esercitati, e annulla i relativi atti, in quanto menomativi delle attribuzioni del ricorrente presidente del Consiglio dei ministri in materia di apposizione del segreto di Stato. A seguito della sentenza n. 24 del 2014, di cui la Corte di cassazione prende «istituzionalmente» atto, la sentenza della Corte di appello di Milano è annullata senza rinvio. Ma, la Corte di cassazione non manca di rilevare il suo «disappunto»: come si legge nella sua decisione, infatti, «non si possono avere esitazioni nel definire tale pronuncia [la sent. n. 24 del 2014] decisamente innovativa, sia nel panorama generale della giurisprudenza della Consulta, in relazione ai precedenti in materia, in quanto – come è saltato con evidenza agli occhi di ogni lettore – sembra abbattere alla radice la possibilità stessa di una verifica di legittimità, continenza e ragionevolezza dell'esercizio del potere di segretazione in capo alla competente autorità amministrativa, con compressione del dovere di accertamento dei reati da parte dell'Autorità giudiziaria che inevitabilmente finisce per essere rimessa alla discrezionalità dell'Autorità politica – il che non può non indurre ampie e profonde riflessioni che vanno al di là del caso singolo –, sia nella concreta incidenza del presente procedimento, posto che esso si era posto finora proprio e fedelmente sulla strada tracciata dalle precedenti pronunce, di diverso segno, emesse nello specifico dalla stessa Corte costituzionale» [il riferimento è alla sent. n. 106 del 2009].



### 1. Ambito soggettivo del conflitto

Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni è la controversia sull'integrità delle attribuzioni assegnate ai rispettivi ordinamenti, secondo il disegno dello «Stato regionale» che ha la sua radice ultima nell'art. 5 della Costituzione. Gli enti di cui si tratta sono lo Stato, le Regioni (ordinarie e speciali), alle quali sono equiparate le due Province ad autonomia speciale di Trento e Bolzano.

Il principio autonomistico dell'art. 5 della Costituzione riguarda anche altri enti di dimensione locale, ma le controversie che riguardano l'integrità delle loro competenze non danno luogo a conflitti costituzionali. La loro risoluzione giudiziaria deve trovare altre strade, presso giurisdizioni non costituzionali. La ragione di questa differenziazione è il diverso livello della garanzia dell'autonomia regionale e dell'autonomia degli altri enti autonomi. Comune è la previsione nella Costituzione, ma diversa è l'intensità della loro garanzia: costituzionale, nel primo caso; legislativa, nel secondo. Il rispetto dei rapporti tra Stato e Regioni attiene dunque al principio di costituzionalità; il rispetto dei rapporti con e tra enti locali, al principio di legalità. A garanzia del principio di costituzionalità sta la Corte costituzionale; a garanzia del principio di legalità stanno i giudici comuni, secondo le regole ordinarie del riparto della giurisdizione.

Questa distinzione era chiara fino alla riforma del Titolo V della Costituzione, compiuta con la legge cost. n. 3 del 2001. Nel nuovo testo costituzionale, la differenza di *status* è assai meno netta. Basti considerare gli artt. 114, 115 e 128 che, nel testo originario, dicevano: «La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni»; «Le Regioni sono costituite in enti autonomi con propri poteri e funzioni secondo i principi fissati nella Costituzione»; «Le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni»; e il nuovo art. 114, primo e secondo comma, che dice: «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, [dalle Città metropolitane], dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, [le Città

metropolitane] e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione». Sebbene differenze esistano tuttora, non solo circa la qualità dei poteri spettanti alle Regioni e agli enti locali e circa la qualità delle norme che determinano i contenuti dell'autonomia regionale e locale, non c'è dubbio sul fatto che la Costituzione è ora impostata su un'idea di fondo: la stessa «dignità costituzionale» dell'una e dell'altra autonomia.

Su questa base, un conflitto è stato sollevato da un Comune, sostenendosi che la sua legittimazione derivasse direttamente già dal contesto generale della riforma del Titolo V; ma la Corte è stata di diverso avviso, in presenza della chiara dizione dell'art. 134 della Costituzione (sent. n. 130 del 2009). Non stupisce, peraltro, che da più parti sia stata avanzata la proposta di ammettere anche gli enti locali al conflitto costituzionale di attribuzioni<sup>1</sup>. Così, prima ancora del 2001, la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, istituita nel 1997<sup>2</sup>, aveva proposto un nuovo art. 134 della Costituzione nel quale si trovavano menzionati i «conflitti di attribuzione in cui siano parti Stato, Regioni, Province, Comuni». Alla stessa logica paritaria ubbidiva l'art. 127 *bis* scritto nel Disegno di legge costituzionale n. 2544 della XIV legislatura, approvato dal Parlamento e bocciato nel referendum del giugno 2006, che apriva agli enti locali, al pari delle Regioni, la via non del conflitto costituzionale ma del giudizio principale sulle leggi: «I Comuni, le Province [e le Città metropolitane], qualora ritengano che una legge dello Stato o della Regione leda le proprie competenze costituzionalmente attribuite, possono promuovere dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale». L'oscillazione tra conflitto e giudizio sulla legge è già significativa della confusione in cui spesso versano i riformatori costituzionali. Ancor di più lo è il non avere considerato le conseguenze che simili poteri di ricorso, non organizzati in forme collettive, avrebbero potuto avere sulla funzionalità della Corte costituzionale.

## 2. Ambito oggettivo: gli atti all'origine del conflitto

Il conflitto può sorgere se una Regione invade *con un suo atto* la sfera di competenza assegnata dalla Costituzione allo Stato ovvero ad altra Regione, oppure se la sfera di competenza costituzionale della Regione sia invasa *da un atto* dello Stato (art. 39, primo comma, della l. n. 87). Occorre dunque «un atto» lesivo. Il conflitto deve dunque essere «reale» e non «virtuale» e non può essere uno strumento solo preventivo o trasformarsi in richiesta di pareri, in astratto, sulla ripartizione costituzionale delle competenze.

*Concetto di «Stato» e «Regione» nei conflitti.* Innanzitutto, occorre precisare il significato di *Stato* e di *Regione*. Queste espressioni devono intendersi come «ordinamento» e non come «persona» statale e regionale. Pertanto, possono sorgere conflitti costituzionali anche su atti che non provengono da «organi» dello Stato o delle Regioni, in senso stretto,

<sup>1</sup> Cfr. Q. Camerlengo, *Gli enti locali e la giustizia costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2009, pp. 1341 ss.

<sup>2</sup> Legge cost. n. 1 del 24 gennaio 1997.



purché provengano da soggetti riconducibili ai rispettivi «sistemi ordinamentali»: occorre, ed è sufficiente, «che gli atti posti in essere [...] siano riferibili allo Stato [e, simmetricamente, alla Regione], inteso non come persona giuridica, bensì come sistema ordinamentale complesso e articolato, costituito da organi, con o senza personalità giuridica, ed enti distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporto di strumentalità in vista dell'esercizio, in forme diverse, di tipiche funzioni statali» (sent. n. 31 del 2006): strumentalità che – occorre aggiungere – comporta l'esistenza, in capo allo Stato e alla Regione, di poteri di indirizzo, controllo, vigilanza, composizione degli organi ecc.

Possono dunque venire in considerazione non solo gli atti degli organi statali e regionali, ma anche quelli di enti strumentali, di garanzia, come le autorità indipendenti, o che costituiscono l'organizzazione indiretta dello Stato e delle Regioni, enti «parastatali» e «pararegionali» come, per esempio, l'Istituto per l'edilizia abitativa agevolata di Bolzano (sent. n. 287 del 1985), o l'Agenzia delle entrate (sent. nn. 72 e 73 del 2005) o l'Agenzia del demanio (sent. n. 177 del 2005).

Si tratta di atti che, in assenza di formule organizzative più complesse e indirette, proverrebbero dagli organi dell'uno e delle altre. Non si potrebbe ammettere, in questi casi, l'esclusione del conflitto (quando naturalmente si realizzino tutti gli altri requisiti necessari, dei quali si dirà), poiché, altrimenti, si dovrebbe incongruamente ritenere che da una scelta organizzativa di opportunità possano derivare conseguenze sulla posizione, costituzionalmente determinata, dell'ente potenzialmente confliggente<sup>3</sup>. Dal punto di vista processuale, naturalmente, la legittimazione ad agire e resistere spetta in ogni caso agli enti «principali», attraverso i loro organi.

*Esclusioni.* L'estensione del campo degli atti idonei a giustificare il conflitto deve essere definita anche *in negativo*, con riguardo, cioè, agli atti per i quali sono previsti altri rimedi all'incostituzionalità. Perciò, il conflitto non può avere a oggetto gli atti legislativi, rispetto ai quali il rimedio al quale si può ricorrere per la difesa delle proprie competenze è il giudizio di costituzionalità sulle leggi (principale o incidentale) (sent. n. 100 del 1980). Risolto di questa esclusione è l'inaammissibilità dei conflitti che riguardano *atti meramente esecutivi* di atti legislativi. Infatti, la censura rivolta contro questi ultimi si risolverebbe, indirettamente, in censura della legge, con elusione delle procedure, delle forme e dei termini previsti per i giudizi in via principale e con aggiramento degli adempimenti richiesti per i giudizi in via incidentale (sent. nn. 334 del 2000; 386 del 2005; 375 del 2008; 149 del 2009).

*Inclusioni.* Poste queste esclusioni, derivanti non dal concetto di conflitto ma dal modo di organizzazione delle diverse competenze della Corte

<sup>3</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, Cedam, 1984, pp. 399 ss.; A. Cerri, *Competenza, atto e rapporto nel conflitto di attribuzioni*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1982, pp. 2440 ss.

costituzionale, qualunque altro atto deve ritenersi idoneo di per sé a stare alla base del conflitto, poiché non è in questione, principalmente, il regime giuridico di questo o di quell'atto, ma il loro effetto sull'integrità degli altrui ambiti di competenza. L'idoneità dell'atto dipende quindi dalla capacità a comportare una lesione e non è collegata a una qualsivoglia sua caratteristica intrinseca o a un suo regime o valore tipico.

All'inizio della sua elaborazione giurisprudenziale, la Corte costituzionale (sent. nn. 11 e 18 del 1957), coerentemente con la concezione del conflitto come *vindicatio potestatis*, accolse un punto di vista limitativo secondo cui, avendo la Regione potestà legislative e amministrative ed essendo le prime rilevanti solo in altra sede, il conflitto di attribuzioni avrebbe dovuto avere necessariamente a base atti di esercizio di funzioni amministrative, in esse comprese quella regolamentare e quelle esplicanti in «atti politici». Questa posizione restrittiva si basava a sua volta sulla concezione del conflitto come controversia diretta a determinare la titolarità delle funzioni costituzionalmente distribuite intersoggettivamente: ciò richiedeva che l'atto alla base della controversia rientrasse potenzialmente nel novero di quelli astrattamente riconosciuti all'ente ricorrente. Ma, abbandonata questa concezione e riconosciuta l'utilizzabilità del conflitto anche come mezzo idoneo a verificare le modalità di esercizio di funzioni pacificamente altrui – quando ne derivino conseguenze negative nell'ambito delle attribuzioni costituzionali del ricorrente –, diveniva chiaro che il criterio di idoneità dovesse spostarsi dalla natura degli atti alla loro *potenziale lesività* dell'ordine costituzionale delle competenze. E allora, qualunque tipo di atto, purché suscettibile di determinare tali conseguenze, diviene idoneo a fondare il conflitto. In questa logica si colloca l'affermazione della sentenza n. 40 del 1977, conclusiva di un'evoluzione: «la natura dell'atto che si affermi invasivo dell'altrui competenza costituzionale, non ha mai assunto, nella giurisprudenza di questa Corte, rilievo determinante ai fini dell'ammissibilità di conflitti tra Stato e Regioni» e, pertanto, «sono atti idonei a determinare il conflitto concreti provvedimenti amministrativi come regolamenti e altri atti generali; così gli atti di controllo, come pronunzie giurisdizionali e atti connessi con l'esercizio delle funzioni giurisdizionali (e poi ancora, tra gli atti amministrativi: sia atti definitivi, sia atti preparatori; sia atti formali ed esterni, sia atti interni, purché esplicanti effetti per i terzi, e anche comportamenti concludenti non estrinsecanti in atti formali)». La prassi ha incluso note assessorili, ordinanze, decreti ministeriali o interministeriali, perfino affermazioni contenute in «premesse» a decreti e «comportamenti significanti» di proprie pretese di competenza (sent. n. 382 del 2006). Una prassi fin troppo generosa, mitigata soltanto dalla necessità che non si tratti di atti provvisori o solo interni a procedure (come bandi di concorso, istruzioni sull'azione di uffici amministrativi ecc.).

*Casistica.* Caduto il criterio formale di identificazione degli atti suscettibili di aprire un conflitto e superata la concezione stretta del conflitto come *vindicatio*, l'idoneità dell'atto si deve valutare dunque in relazione alla sua astratta capacità di incidere negativamente nell'ordine delle competenze del ricorrente. Nella vasta tipologia di atti idonei, si segnalano i seguenti.

a) Sono atti idonei *i provvedimenti dell'Autorità giudiziaria* che incidono sulla posizione dei componenti gli organi regionali e dei dipendenti della Regione. Per esempio, la sentenza n. 66 del 1964 ha ritenuto ammissibile il conflitto proposto dalla Regione siciliana in relazione a una decisione del Consiglio di giustizia amministrativa per la stessa Regione in materia di rapporto di impiego dei dipendenti dell'Assemblea regionale; la sentenza n. 81 del 1975 ha ammesso e accolto il ricorso regionale rivolto a ottenere la dichiarazione del difetto di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria nei confronti dei reati commessi dai consiglieri regionali con voti dati nell'esercizio delle loro funzioni; le sentenze nn. 183 del 1981 e 58 del 1982 hanno egualmente escluso che spetti all'Autorità giudiziaria la sospensione cautelare dei deputati dell'Assemblea regionale. Altre decisioni nello stesso senso sono la n. 110 del 1970, in tema di competenza dello Stato (Corte dei conti) a sottoporre a giudizio contabile l'economista del Consiglio regionale sardo; la n. 75 del 1977, su una decisione del Consiglio di Stato in sede di giudizio di ottemperanza; la n. 211 del 1972, in tema di azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti nei confronti di membri della Giunta regionale. Un caso particolare è rappresentato dalla sentenza n. 285 del 1990 che ha annullato una sentenza della Corte di cassazione la quale, nella motivazione, conteneva un'affermazione circa la disapplicabilità di leggi regionali incostituzionali (si trattava di legge in materia penale): in questo caso, sullo sfondo, sta la rivendicazione, da parte della Corte costituzionale stessa, del suo monopolio nel controllo di costituzionalità sulle leggi (statali e regionali).

b) Il conflitto può sorgere circa gli *atti di controllo dello Stato* sugli atti amministrativi della Regione che sortiscano esito negativo per questa (sent. nn. 121 del 1966; 176 del 1973; 21 del 1975; 130, 162 e 213 del 1976; 73 del 1977, con la quale fu accolto un ricorso contro un atto di controllo della sezione della Corte dei conti per la Regione siciliana che aveva disapplicato, ritenendola illegittima, una legge regionale, nonché le nn. 21 del 1985; 114 del 1986; 187 del 1988 ecc.). In generale, sono ammissibili i conflitti sollevati rispetto ad atti (di natura diversa, taluni dei quali espressamente qualificati come giurisdizionali) rientranti nell'orbita delle *funzioni svolte dalla Corte dei conti*: così, sent. nn. 110 del 1970, già ricordata; 68 del 1971, relativa all'affermazione della procura generale della Corte circa la sua legittimazione all'esercizio dell'azione civile per danno contro un dipendente regionale; 211 del 1972, relativa all'atto che conveniva in giudizio per responsabilità amministrativa il presidente e alcuni membri della Giunta regionale del Friuli-Venezia Giulia; 63 del 1973, rispetto al provvedimento con il quale la Corte dei conti invitava gli amministratori provinciali a depositare i conti consuntivi; 114 del 1986 ecc.

c) Sono poi suscettibili di determinare il conflitto gli atti assunti sulla base di *procedimenti viziati* in modo tale da pregiudicare la posizione costituzionale della ricorrente. Così, sent. nn. 4 del 1966; 1 del 1968; 206 del 1985, che ammettono i ricorsi della Regione siciliana in relazione ad atti del Consiglio dei ministri, deliberati in assenza del presidente della Regione stessa (analogamente, sent. n. 206 del 1985). Nello stesso ordine d'idee è la sentenza n. 80 del 1963 a proposito dell'intervento regionale in un procedimento statale di determinazione di aliquote ed esenzioni tributarie (casi del medesimo genere sono decisi in sent. nn. 82 del 1958; 58 del 1959; 12 del 1969; 97 del 1972).

d) Sono idonei anche gli *atti in sé privi di efficacia diretta* nei confronti della sfera di attribuzioni del ricorrente, come gli atti di auto-organizzazione o gli atti interni, qualora esprimano un'affermazione di competenza e quindi, per ciò solo, potenzialmente lesivi di attribuzioni altrui (sent. nn. 11 e 12 del 1957; 56 del 1962). Questo principio ha trovato applicazioni nei confronti di delibere regionali,

istitutive di commissioni d'inchiesta su enti parastatali (sent. nn. 19 del 1969 e 72 del 1978). Nello stesso senso, si può spiegare la sentenza n. 14 del 1965 che ha ammesso il conflitto rispetto a un regolamento interno di un Consiglio regionale, adottato in violazione di norme di uno Statuto speciale, essendosi ritenuto che ciò comportasse lesione dei poteri statali riguardanti la revisione dello Statuto medesimo. A questa estrema estensione, che trasformava il conflitto tra enti in conflitto tra norme<sup>4</sup>, ha posto fine, poi, la stessa Corte costituzionale, tornando sul proprio precedente con la sentenza n. 18 del 1970, nella quale il rapporto regolamento di Assemblea regionale-Statuto è stato ricondotto interamente alla sfera dell'ordinamento regionale<sup>5</sup>. A parte il caso di specie testé indicato, nell'ordine di idee qui esposto sono stati ammessi conflitti relativi a circolari interpretative interne, ad atti amministrativi atipici (sent. nn. 56 del 1962; 299 del 1974; 39 del 1984; 359 del 1985) e ad atti preparatori rilevanti, di per sé, all'interno di procedimenti amministrativi (nn. 171 del 1971; 123 del 1980; 123 del 1986), purché esprimenti pretese, anche se non attuali, nei confronti dell'ordinamento altrui.

e) Rientrano nella sfera del conflitto atti che appartengono ai procedimenti legislativi, come le promulgazioni delle leggi, quando, in via del tutto eccezionale, ne derivi una lesione alle altrui competenze. L'impugnazione dell'atto di promulgazione è considerata una sorta di *extrema ratio*, in mancanza d'altri rimedi (sent. n. 469 del 2005). Così la sentenza n. 149 del 2009 che ha ammesso (e accolto) un conflitto promosso dallo Stato, in quanto «garante della "istanza unitaria"» (sent. n. 274 del 2003), cioè della legalità costituzionale in senso generale, comprendente anche la dimensione interna all'ordinamento regionale, in relazione alla promulgazione di una «legge statutaria», ritenuta in violazione della disciplina del referendum, alla quale tale legge era sottoposta<sup>6</sup>. Caso ancora più anomalo è rappresentato dalla sentenza n. 361 del 2010, relativo alla promulgazione di una «legge» regionale adottata da un presidente di Regione-commissario *ad acta*, contro la quale il governo ha presentato ricorso, ricorso che la Corte ha ritenuto inammissibile, per inesistenza dell'oggetto (sulle leggi inesistenti) e quindi per inidoneità a produrre effetti di sorta<sup>7</sup>.

f) Tra i comportamenti significativi rientrano le omissioni e i silenzi.

g) Non può invece costituire materia di conflitto la cosiddetta *vindicatio rerum*, la quale configuri non una pretesa su una competenza, ma un mero contrasto circa il titolo giuridico d'appartenenza di determinati beni, contrasto che può essere portato in giudizio solo di fronte alla giurisdizione comune (sent. nn. 81 del 1971; 111 del 1976<sup>8</sup>; 97 del 1977; 61 del 1979; 39 e 233 del 1984; 286 del 1985; fino a 177 del 2005, dove si cita il precedente opposto della sent. n. 383 del 1991, definendolo però come una deviazione anomala e isolata). Non mancano dunque incertezze. La Corte ha precisato che, se la mancanza di titolarità di beni influisce sull'esercizio di competenze, su questo esercizio dovrebbe basarsi il conflitto (sent. nn. 79 e 219 del 1972; 177 del 2005). Ma regna l'incertezza: altre sentenze

<sup>4</sup> L. Elia, *Dal conflitto di attribuzioni al conflitto di norme*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1965, pp. 142 ss. e, ampiamente, S. Grassi, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 100 ss.

<sup>5</sup> A. Pace, *In tema di regolamenti interni dei consigli regionali trattati come leggi (riflessioni su un «suggerimento» della Corte costituzionale)*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1970, pp. 161 ss.

<sup>6</sup> Sulla complessa vicenda, si veda P. Bianchi, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 220 ss.

<sup>7</sup> Ancora, Bianchi, *ibidem*, pp. 224 ss.

<sup>8</sup> P. Capotosti, *Le foreste fra stato e regioni: un conflitto di attribuzioni proprio inammissibile?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1976, pp. 1456 ss.

hanno ammesso il conflitto in caso di controversie relative a beni demaniali (sent. nn. 31 del 1959 e 178 del 1971<sup>9</sup>; 89 del 2006). In effetti, non si può escludere in assoluto la configurabilità di un conflitto che abbia alla base una questione circa l'appartenenza di beni all'uno o all'altro ente, poiché da ciò possono derivare, tra il resto, conseguenze anche sulle competenze, intese in senso stretto (per esempio dalla sottrazione di beni potrebbe derivare la diminuzione di poteri tributari relativamente ai diritti di utilizzazione di essi; l'impossibilità di procedere a «concessioni» d'uso dei beni medesimi). Una distinzione rilevante potrebbe essere tra beni di appartenenza in regime pubblicistico e beni di appartenenza in regime privatistico, per le controversie sui quali ultimi sicuramente opera la giurisdizione ordinaria. Inoltre si dovrebbe distinguere la controversia su singoli beni da quella su classi di beni: le controversie del primo tipo non atterrebbero, a differenza delle seconde, alla configurazione istituzionale della Regione, alla garanzia della sua fisionomia costituzionale, e andrebbero quindi devolute alla giurisdizione non costituzionale. Dunque, le conclusioni categoriche, come quelle che talora affiorano nella giurisprudenza costituzionale, dovrebbero essere evitate<sup>10</sup>.

Infine, è da notare che non ha rilevo, per l'ammissibilità del conflitto, il carattere non definitivo dell'atto: così, tra le molte, le sent. nn. 153 del 1967<sup>11</sup> e 123 del 1980. Le regole circa la definitività degli atti amministrativi rilevano infatti nel processo amministrativo, non in quello per conflitto di attribuzioni di fronte alla Corte costituzionale.

### 3. I vizi deducibili

L'art. 39 della legge n. 87 definisce il conflitto come controversia circa le competenze assegnate *dalla Costituzione*, espressione da intendere: *da norme costituzionali* contenute nella Costituzione, o da norme costituzionali contenute negli statuti delle Regioni ad autonomia speciale, o da norme che sono in rapporto di speciale integrazione con norme costituzionali, come quelle di matrice europea (sent. nn. 399 del 1987 e 126 del 1996). La pretesa che si fa valere nel giudizio per conflitto d'attribuzioni deve dunque essere *argomentata costituzionalmente* o, detto in termini processualistici, deve avere una *causa petendi* costituzionale.

*Regioni ad autonomia speciale e «causa petendi».* Le Regioni ad autonomia speciale basano normalmente le loro pretese sui rispettivi statuti. Ma la legge cost. n. 3 del 2001, all'art. 10, di riforma del Titolo V della Costituzione, stabilisce una «clausola della normativa più favorevole»: «Sino all'adeguamento dei rispettivi Statuti, le disposizioni della presente legge si applicano anche alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite». Non è dunque prevista l'abrogazione diretta, da parte delle norme costituzionali nuove, delle norme statutarie incompatibili: non si è in presenza di una vicenda di fonti. Si è

<sup>9</sup> S. Bartole, *Demanio regionale e norme di attuazione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1971, pp. 2179 ss.

<sup>10</sup> Grassi, *Il giudizio costituzionale*, cit., pp. 179 ss.

<sup>11</sup> Su cui F. Sorrentino, *Conflitto tra poteri e definitività dell'atto*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1967, pp. 1775 ss.

prevista invece una strada interpretativa: le norme statutarie non sono abrogate ma, volta per volta, il governo o la Regione speciale ricorrente, quasi a giustificare la loro preferenza per un regime o per l'altro, sono tenuti a motivare su questo punto, a pena d'inammissibilità (sent. nn. 175 e 312 del 2006).

*Incompetenza.* La formula dell'art. 39 citato («invade con un suo atto la competenza»), nel suo significato immediato, allude al vizio d'incompetenza di un soggetto rispetto a un altro. Il conflitto si configura, allora, come *vindictio potestatis*, sorgendo a opera dell'ente che rivendica a sé la titolarità di un potere che altri hanno esercitato al posto suo. Questa *configurazione soggettiva* (in quanto attinente alla titolarità) del conflitto è prevalsa in un primo momento nella giurisprudenza della Corte costituzionale (in modo più o meno esplicito, sent. nn. 6, 9, 11, 12, 18 e 20 del 1957; 15 del 1958; 40 del 1961; 68 del 1962). Conseguentemente, le norme costituzionali invocabili nel conflitto erano solo quelle relative al riparto delle competenze.

*Menomazione.* Parallelamente a quanto accaduto anche nei conflitti costituzionali tra poteri, a questa configurazione soggettiva si è tuttavia aggiunta una *configurazione oggettiva*, più ampia, riguardante non la spettanza della competenza ma il modo di esercizio (sostanziale e procedurale) di essa. In tal caso, ciò che è controverso non è *il chi*, ma è *il come* un potere – della cui titolarità non si discute – viene esercitato, sempre che dall'illegittima modalità di esercizio possa derivare una lesione delle altrui attribuzioni costituzionali, un impedimento, una menomazione o com'altrimenti si voglia dire: con le parole della Corte, «la figura dei conflitti di attribuzione non si restringe alla sola ipotesi di contestazione circa l'appartenenza del medesimo potere, che ciascuno dei soggetti contendenti rivendichi per sé, ma si estende a comprendere ogni ipotesi in cui all'illegittimo esercizio del potere altrui consegua la menomazione di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto» (sent. n. 110 del 1970). Dieci anni dopo (sent. n. 129 del 1981), la Corte ha «fissato» il suo orientamento in questa massima: «è ormai consolidato, nella giurisprudenza di questa Corte, il criterio per cui la figura dei conflitti di attribuzione, sia tra lo Stato e le Regioni sia tra i poteri dello Stato, non si restringe alla sola ipotesi di contestazione circa l'appartenenza del medesimo potere che ciascuno dei soggetti contendenti rivendichi per sé, ma si estende a comprendere ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere altrui consegue la menomazione di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto».

Così concependo il conflitto, giunge a rottura l'equivalenza – per così dire – di «posizione qualitativa» tra i due enti confliggenti rispetto al tipo di competenza in contestazione, consentendosi l'espansione dell'area del conflitto a comprendere casi in cui l'ente ricorrente, *in linea di principio*, ne è privo e, dunque, non potrebbe, *nello specifico*, rivendicarne né la titolarità né l'esercizio<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> F. Di Mora, *Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1975, pp. 632 ss.

In linea con questo orientamento, in numerose decisioni si è ammesso il conflitto sollevato dalla Regione con riguardo *a)* ad atti di esercizio di poteri di controllo nei suoi riguardi, ciò che non comporta evidentemente alcuna *vindicatio* del potere in questione; *b)* ad atti di competenza dell'Autorità giudiziaria, pur non essendo le Regioni titolari di alcuna funzione giurisdizionale; *c)* ad atti di competenza statale, adottati da organi dello Stato senza la presenza di rappresentanti della Regione; *d)* ad atti dello Stato adottati senza che si sia proceduto a intese con la Regione o in violazione delle intese o del «principio di leale collaborazione», a seconda delle diverse tipologie di procedimenti previsti per garantire l'interlocuzione di Stato e Regioni su materie che attengono a competenze connesse le une con le altre.

I vizi degli atti puramente interni all'ordinamento statale o regionale, tali cioè da non «incrociare» le competenze e l'esercizio delle altrui competenze costituzionalmente garantite, non sono rilevanti nel conflitto costituzionale di attribuzioni, anche se ci si può dispiacere del contenuto di tali atti (per esempio sent. nn. 72 del 1961; 17 del 1962; 56 del 1969). In questi casi, il vizio potrà semmai assumere rilievo di fronte ai giudici comuni, nei modi e nelle forme processuali consuete (sent. n. 412 del 2008). L'importanza dell'osservazione che precede si comprende quando si pensi che, senza la suddetta limitazione, il conflitto potrebbe trasformarsi in un anomalo strumento d'impugnazione di qualunque provvedimento giurisdizionale del quale la Regione abbia a dolersi per un qualsiasi motivo.

*Rilevanza di fonti subcostituzionali.* Le norme regolative delle competenze – si è già detto – devono essere norme costituzionali (o norme equiparate quanto a efficacia) e la lesione che viene lamentata deve attenersi agli ambiti di attribuzione definiti dalla Costituzione. In ciò sta la natura specifica del conflitto e la ragione dell'intervento della Corte costituzionale. Ma l'insieme di norme rilevanti nel conflitto non comprende soltanto quelle formalmente costituzionali. Non è in questione la categoria delle norme «materialmente» costituzionali e il loro rapporto con quelle che tali sono «formalmente». Si tratta di considerare che – in particolare quando il conflitto mette in discussione non la titolarità del potere, ma il suo buono o cattivo uso – il conflitto non può non basarsi *anche* su disposizioni non costituzionali dal punto di vista formale: norme di attuazione degli statuti speciali, decreti legislativi di trasferimento delle funzioni alle Regioni ad autonomia ordinaria, legislazione statale «di principio» *ex art.* 117, terzo comma, della Costituzione, statuti ordinari e, in genere, norme dettate in materie su cui si intersecano competenze statali e regionali. A tali norme si è riconosciuto il valore di strumenti di concretizzazione – di «messa in opera» – dei precetti costituzionali, in modo che la sfera di competenza delle Regioni e, per esclusione, dello Stato, risulta non soltanto da norme costituzionali, ma da queste così come sviluppate in concreto da norme attuative, integrative o esecutive. Queste ultime assumono allora «rilevanza costituzionale» ai fini della definizione dei parametri del conflitto (così sent. nn. 82 del 1958; 65 del 1959; 97 e 103 del 1977; 307 del 1983, 107 del 2015). Analogamente avviene per norme che si possono dire «interpretative» della Costituzione (sent. n. 101 del 1964) e norme la cui violazione comporta «elusione» della norma costituzionale (sent. n. 4 del 1966)<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> In argomento, tra i primi, S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nel rapporto tra stato e regioni*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1971, p. 108; Di Mora, *Il conflitto*

Ma anche dove il riferimento normativo è apparentemente solo a norme subcostituzionali, si deve considerare il loro legame di coinvolgimento con le altre norme nella definizione degli ambiti costituzionali rispettivi (per esempio sent. nn. 191 del 1976; 110 del 1977; 187 e 223 del 1984; 201, 206, 286 e 359 del 1985). Dove il legame non c'è, il conflitto non raggiunge il livello costituzionale necessario; la controversia, per così dire, «si ferma prima», la competenza su un'eventuale controversia rientrando nella giurisdizione comune (sent. nn. 235 e 412 del 2008).

Tale rilevanza – che porta a riconoscere l'esistenza di un livello subcostituzionale di attuazione discrezionale della Costituzione, nel definire i rapporti tra Stato e Regioni – è, tuttavia, ammissibile solo nel limite in cui non vi sia contraddizione con le linee tracciate dalla Costituzione nella definizione delle competenze. Ove contraddizione vi sia, il conflitto è da risolvere soltanto in base alle regole costituzionali, dopo che la Corte abbia sollevato di fronte a sé stessa la questione incidentale di costituzionalità sulle norme subordinate (sent. nn. 22, 73 e 74 del 1960; 57 del 1961; 67 e 68 del 1962; 153 del 1967; 130 del 1968; 127 e 128 del 1969; 181 del 1971; 96, 97, 101, 151 e 152 del 1972; 38, 246 e 247 del 1976). Ciò non significa trasferire il giudizio dal conflitto di attribuzioni alla legittimità costituzionale delle leggi sulle attribuzioni, ma aprire un giudizio preliminare sul fondamento normativo del conflitto. A questo proposito, la sentenza n. 140 del 1970 ha precisato che l'ammissibilità del conflitto, da cui possa prendere avvio il giudizio incidentale sulle norme che lo regolano, presuppone che l'atto su cui sorge il conflitto (nella specie: un regolamento) non sia meramente riproduttivo della legge (anche sent. nn. 78 del 1971; 112 del 1972; 206 del 1975). Occorre, cioè, che la doglianza di cui si discute nel conflitto non si esaurisca per intero in censura d'incostituzionalità delle norme di legge sulla competenza<sup>14</sup>. Altrimenti verrebbe meno il carattere «pregiudiziale» della questione rispetto al giudizio *a quo* (quello sul conflitto costituzionale) e nel giudizio di legittimità si esaurirebbe integralmente il giudizio sul conflitto: si tratterebbe allora di una via obliqua, non consentita per impugnare la legge fuori dei termini concessi alla Regione<sup>15</sup>.

#### 4. Il «tono costituzionale» del conflitto

Che si tratti pur sempre di controversie circa la *definizione costituzionale* delle competenze è un'esigenza da non trascurare, per evitare lo slittamento di questo tipo di giudizio in giurisdizione su atti illegittimi, che si sovrapporrebbe alla giurisdizione comune e si tradurrebbe, a sua volta, in invasione di competenze. È questa l'esigenza che, nel lessico della

*di attribuzioni tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 619; e A. Anzon, *Il nuovo volto delle materie regionali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1983, p. 1109.

<sup>14</sup> V. Crisafulli, *Osservazione a Corte cost. 24 maggio 1979, n. 28*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1979, p. 303.

<sup>15</sup> C. Esposito, *La Corte costituzionale come giudice a quo*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1960, p. 210; Id., *ibidem*, p. 662; Id., *ibidem*, 1961, p. 1197; A. Pizzorusso, *Osservazione a Corte cost., 11 aprile 1969, n. 74*, in «Foro italiano», I, 1969, p. 1398; G. Volpe, *Atti esecutivi e incidente di costituzionalità nei conflitti di attribuzione fra enti*, in «Le Regioni», 1979, p. 903.



materia ormai entrato stabilmente tra le espressioni che la Corte impiega nelle motivazioni delle sue sentenze, si denomina del «tono costituzionale». Non è facile tracciare una linea distintiva fra controversie, a seconda che lo raggiungano o non lo raggiungano, ma è necessario. Secondo una ricostruzione particolarmente elaborata, la distinzione tra conflitti costituzionali e giurisdizione comune dovrebbe desumersi dal «livello» delle funzioni esercitate, più che dalla natura delle norme invocate. Sotto questo profilo, il conflitto sarebbe strumento a difesa, esclusivamente, dell'autonomia costituzionale e della funzione di indirizzo politico<sup>16</sup>. Non sembra, peraltro, che da questa prospettazione venga un contributo decisivo alla fondazione della distinzione tra giurisdizione costituzionale e giurisdizione comune che consenta di superare le incertezze dei casi concreti: alla fine, per definire ciò che ha a che fare con le funzioni costituzionali e d'indirizzo politico, occorrerà pur sempre ricorrere a un fondamento costituzionale. D'altra parte, questa distinzione in base al «livello» della controversia non ha trovato accesso alla giurisprudenza costituzionale.

Ampliata la categoria degli atti idonei a provocare il conflitto, sfumati i contorni del concetto di lesione fino a comprendere la «menomazione» derivante da violazioni di norme subcostituzionali che integrano, attuandolo, il parametro costituzionale, l'unico modo per impedire che il conflitto si trasformi in mezzo ordinario di ricorso contro atti comunque negativi dal punto di vista del ricorrente, per evitare che giudizio costituzionale e giudizio comune siano un'alternativa a disposizione del ricorrente che, così, sceglie il giudice che preferisce, e per impedire che il ricorso alla Corte si trasformi in improprio strumento d'impugnazione di pronunce giurisdizionali o di decisioni di autorità di controllo, è tener fermo il carattere costituzionale della controversia. In assenza di questo carattere, vi sarà luogo per i rimedi ordinari di fronte ai giudici comuni. Senza di che, per esempio, contro qualunque atto giurisdizionale, contro qualunque atto di controllo, comunque negativi per la Regione, vi sarebbe la possibilità di provocare la Corte costituzionale in sede di conflitto e il giudizio su di esso si trasformerebbe inammissibilmente in un improprio e anomalo nuovo grado di giurisdizione o in una supplementare istanza di controllo<sup>17</sup>. L'ammissibilità del conflitto dal punto di vista del suo necessario fondamento costituzionale dipende insomma dal fatto che la lesione lamentata derivi da un atto non «comunque» illegittimo, ma viziato solo per contrasto con norme costituzionali relative alla spettanza delle attribuzioni e all'integrità del loro esercizio<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Grassi, *Il giudizio costituzionale*, cit., pp. 309 ss.

<sup>17</sup> Cerri, *Competenza, atto e rapporto*, cit., p. 2444.

<sup>18</sup> Riguardo agli atti di controllo dello Stato sull'attività amministrativa delle Regioni, L. Vandelli, *I difficili rapporti tra conflitto di attribuzioni e giurisdizione amministrativa (a proposito degli atti di controllo sull'amministrazione regionale)*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1977, p. 1793; sulla *ratio* della giurisdizione della Corte costituzionale, rispetto a quella propria dei rimedi giurisdizionali e non giurisdizionali circa i vizi degli atti amministrativi, G. Volpe, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino e R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. XXIX, Bologna-Roma, Zanichelli, 1983, p. 370.

La necessità della distinzione è chiara. La Corte costituzionale ne è consapevole, ripetendo spesso formule come la seguente: «il tono costituzionale del conflitto sussiste quando le Regioni non lamentino una lesione qualsiasi, ma una lesione delle proprie attribuzioni costituzionali» (sent. n. 10 del 2017). Per questo devono essere tenuti distinti i casi in cui la lesione derivi da un atto meramente illegittimo, a tutela nei confronti dei quali vale la giurisdizione comune, da quelli in cui l'atto è viziato per contrasto con le norme attributive di competenza costituzionale (così, ad esempio, sent. nn. 137 del 2014, 87 del 2015 e 260 del 2016). Anche guardando alla giurisprudenza, tuttavia, si può forse concludere che quella linea, chiara in astratto, lo è meno in concreto, poiché anche un errore *in procedendo* o *in iudicando*, secondo le norme dei procedimenti amministrativi o giudiziari, può talora «ridondare» in lesione delle competenze costituzionali, soprattutto sotto il profilo della «menomazione». La Corte, insomma, procede a tentoni, caso per caso, soprattutto in controversie d'impatto istituzionale limitato, talora impuntandosi più sulla prospettazione del ricorso che sul suo contenuto oggettivo.

► *Esempi.* La sentenza n. 121 del 2005 ha negato il «tono costituzionale» in una controversia (in tema di certificazione d'idoneità di ascensori), ritenendo che si trattasse di «contrastati interpretativi». La sentenza n. 235 del 2008 (in tema di sospensione di licenza di una discoteca) ha dichiarato inammissibile il conflitto, ritenendo che si trattasse, eventualmente, di mera violazione di legge, mentre «la lesione costituzionale lamentata non sarebbe che il riflesso di tale violazione» (dimenticando però, che, quando il «parametro» di giudizio comprende anche fonti non costituzionali ma con queste connesse, sempre opera un «riflesso» costituzionale; cfr. sent. n. 412 del 2008). In casi analoghi, in tema di poteri di pubblica sicurezza, la Corte ha deciso diversamente, ammettendo il conflitto (per esempio sent. nn. 129, 72 e 259 del 2009). Casi frequenti sono quelli di ricorso regionale contro atti ispettivi e di controllo delle sezioni regionali della Corte dei conti, che la Corte costituzionale dichiara regolarmente inammissibili, trattandosi in ipotesi di violazione delle leggi di contabilità pubblica (si veda ad esempio, da ultimo, sent. nn. 260 del 2016, 107 del 2015 e 10 del 2017).

*Tono costituzionale e giurisdizione.* Un campo nel quale la giurisprudenza costituzionale si trova spesso in imbarazzo è quello dei suoi rapporti con l'Autorità giudiziaria. Qui, il rischio è che qualsiasi *error in procedendo* o *in iudicando* sia usato come pretesto per il conflitto da parte del soggetto soccombente e che ciò valga a configurare un improprio grado di giurisdizione. La posizione della Corte, al riguardo, si può interpretare come un'applicazione della concezione del conflitto come un'estensione o rovesciamento della *vindicatio potestatis*, cioè come *contestatio potestatis*: «non spetta a me, ma neppure a te». Lo stesso concetto si è espresso con la locuzione *superamento di limiti esterni*<sup>19</sup>, dal quale derivi un'illegittima situazione di soggezione, indipendente dal contenuto dell'atto dell'Autorità giudiziaria.

► *Esempi.* La sentenza n. 70 del 1985, in questo schema concettuale, ammettendo (e accogliendo) il ricorso in relazione a «inviti» di organi giudiziari a organi

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 217.

regionali, affinché questi adottassero determinate linee d'intervento a protezione dell'ambiente individuando perfino interventi specifici, ha stabilito che non spetta a organi giudiziari alcun potere di ingerenza nell'esercizio delle funzioni costituzionalmente riservate alla Regione che connotano il «livello costituzionale dell'autonomia garantita alla Regione», là dove si abbia estrinsecazione di scelte politiche libere, sanzionabili solo politicamente (nella specie, il giudice penale aveva agito contro l'«intempestiva» o la mancata approvazione di leggi regionali). Ciò ha a che vedere, all'evidenza, con le linee esterne del potere giudiziario, il cui superamento può radicare il conflitto. Invece, con il conflitto non si sarebbe potuto contestare un errore compiuto dal giudice nell'identificare i responsabili regionali dell'omesso intervento, perché in tal caso si sarebbe penetrato all'interno dell'esercizio della giurisdizione e la Corte avrebbe assunto il «ruolo di giudice dell'impugnazione».

Un altro esempio chiarificatore è rappresentato dalla sentenza n. 511 del 2000. Il problema nasceva da un incidente occorso a una bimba durante il servizio di trasporto scolastico, organizzato da una Provincia autonoma. Al fine di accertare eventuali omissioni dell'amministrazione, penalmente rilevanti, il pubblico ministero aveva invitato le autorità amministrative a chiedere la collaborazione delle famiglie per ottenere da loro informazioni circa altri eventuali casi di servizio negligente. La richiesta di acquisizione di dati, tuttavia, si estendeva al tempo precedente e a quello successivo ai fatti rilevanti nel processo penale. La Corte ha ritenuto che, per il tempo che aveva a che fare con i fatti cui il processo si riferiva, la Provincia non aveva ragione di doglianza, ma per quelli anteriori e successivi sì, poiché ciò avrebbe instaurato un rapporto (di dipendenza, sorveglianza, controllo) permanente sull'autorità provinciale, estranea alla funzione giudiziaria. Si è trattato di ciò che già s'è detto a proposito dei conflitti tra poteri: un atto che sottintende, illegittimamente, l'esistenza di un rapporto istituzionale permanente tra due soggetti i quali, secondo la Costituzione, operano in ambiti che non si intersecano. In questa luce, può intendersi anche la sentenza n. 337 del 2009, relativa alla pretesa della Procura della Corte dei conti per la Sicilia di ottenere documenti, ai fini di un eventuale giudizio di responsabilità contabile, circa l'attività (e le persone che vi avevano partecipato) dell'Assemblea regionale; sentenza nella quale il ricorso della Regione è stato giudicato ammissibile, in quanto rivolto a respingere una pretesa d'ingerenza.

Riassuntivamente, potrebbe dirsi così, con la consapevolezza che, chiare in astratto le parole, possono diventare meno chiare in riferimento alla concretezza dei casi: «Atti di giurisdizione possono essere a base di conflitto di attribuzione tra Regioni e Stato [oltre che tra poteri dello Stato], purché il conflitto medesimo non si risolva in mezzo improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale. Contro gli errori *in iudicando* di diritto sostanziale o processuale, infatti, valgono i rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni; non vale il conflitto di attribuzione. A ritenere diversamente, il giudizio presso la Corte costituzionale si trasformerebbe inammissibilmente in un nuovo grado di giurisdizione avente portata tendenzialmente generale. Avendo, infatti, per lo più le situazioni soggettive delle Regioni base diretta o almeno indiretta in norme di rango costituzionale attributive di competenza, la gran parte dei motivi di doglianza da parte delle stesse contro decisioni giurisdizionali finirebbe per potersi trasformare automaticamente in motivo di ricorso per conflitto di attribuzione, con

evidente forzatura dei caratteri propri di quest'ultimo e alterazione dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e quella riconosciuta a istanze giurisdizionali non costituzionali. Invece, [...] il rimedio del conflitto di attribuzione relativamente ad atti di giurisdizione è configurabile quando sia *contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale* ovvero sia *messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente*. In tutti questi casi, il conflitto verrebbe, infatti, a configurarsi non come controllo sul contenuto dell'attività giurisdizionale, ma come garanzia di sfere di attribuzioni che si vogliono costituzionalmente protette da interferenze da parte di organi della giurisdizione o che si vogliono riservare al controllo di altra istanza costituzionale» (sent. n. 27 del 1999, relativa a una decisione della giurisdizione amministrativa circa la competenza in tema di autorizzazioni all'apertura di esercizi commerciali, quando la ricorrente non contestava quella giurisdizione, ma il percorso argomentativo che ne aveva determinato l'esercizio).

##### 5. Esistenza di un atto lesivo e carattere reale del conflitto

Merita particolare attenzione l'affermazione contenuta nella già ricordata sentenza n. 40 del 1977 la quale, dopo aver elencato i tipi di atti idonei a determinare il conflitto, riconosce altresì la sufficienza di «comportamenti concludenti, non estrinsecanti in atti formali». In altre occasioni, si è precisato che un atto, altrimenti inidoneo, quanto a effetti giuridici suoi propri, a ledere direttamente la sfera giuridica del ricorrente, può essere alla base del conflitto «quando l'organo che lo ha emanato abbia con sufficiente chiarezza manifestato l'intento di esercitare come propria l'attribuzione di cui si controverta» (sent. nn. 12 del 1957; 123 del 1980, che richiama nello stesso senso nn. 171 del 1971; 49 del 1972; 81 e 87 del 1973; 72 del 1978). La Corte (sent. n. 164 del 1963) ha poi precisato che l'intento deve essere palese e non meramente congetturale o ipotetico. Tenendo conto di questi elementi, si è potuto concludere<sup>20</sup> che «nella prassi instaurata non tanto si richiede che il conflitto sia originato da un atto giuridico vero e proprio (e meno ancora da un atto esterno definitivo), quanto più largamente da un comportamento significativo, posto in essere da organi statali e, inversamente, regionali».

I connotati minimi della «significanza» devono essere apprezzati in concreto e si traducono in un giudizio di fatto. Sulla base di questo apprezzamento, la Corte costituzionale ha escluso la configurabilità del conflitto circa uno «schema di amicizia e collaborazione» concordato da una Regione italiana e una «Regione» estera, dovendo tale «schema» ancora essere sottoposto alla volontà deliberante degli organi regionali (sent. n. 170 del 1975). In tal caso, l'intenzione c'era, ma non sufficientemente concreta, non essendo stata (ancora) fatta propria (non importa con quale atto e con quali effetti) nelle sedi regionali formali. Invece, nel caso deciso dalla sentenza n. 187 del 1985, il ricorso è stato ammesso, stante

<sup>20</sup> Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 406.

l'efficacia immediata di un accordo tra una Regione italiana e una «Regione» somala. Nella sentenza n. 155 del 1977, la Corte ha poi escluso la configurabilità del conflitto in relazione ad atti di esercizio non autoritario di una funzione generale di coordinamento dello Stato rispetto alle Regioni, concretizzantesi non nell'esercizio di un potere unilaterale autoritativo ma nella richiesta di *volontaria collaborazione regionale*: si trattava di un telegramma ministeriale il quale, con formule del tipo «pregasi provvedere», «pregasi voler richiedere» ecc., esprimeva soltanto, secondo la Corte, «sia pure con molta insistenza», una richiesta di auto-coordinamento della Regione, nell'ambito di autonome valutazioni discrezionali. Questa decisione è significativa anche perché, come si è notato<sup>21</sup>, mostra che la Corte può depotenziare la natura degli atti impugnati in sede di conflitti, attraverso pronunce d'inammissibilità, così come avviene anche in sede di giudizio sulle leggi, quando la Corte respinge *in limine* la questione negando forza di legge all'atto esaminato. Inoltre, inammissibile è stato ritenuto un ricorso contro una circolare ministeriale contenente chiarimenti interpretativi circa norme statali di trasferimento di funzioni alle Regioni (sent. n. 120 del 1979), ciò che costituisce forse un segno di maggior rigore, confermato dalle sentenze nn. 87 del 1984 e 217 del 1985, che negano il conflitto quando la lesione concreta non può che derivare da atti successivi a quelli impugnati. Sempre nell'ambito della «significanza», si è ritenuto per esempio ammissibile un conflitto sorto su una «nota» del ministero delle Finanze (atto privo di valore formale) che affermava la spettanza allo Stato dei diritti su certe entrate tributarie (sent. nn. 81 e 87 del 1973; situazione analoga in sent. n. 157 del 1988). La sentenza n. 102 del 2010 ha considerato sufficiente un «avviso d'asta» di un bene, tale da esprimere la convinzione dell'appartenenza del medesimo al patrimonio regionale (respingendo poi il ricorso, in quanto rivolto a una *vindicatio rei*). Al contrario, il conflitto è apparso ammissibile (sent. n. 72 del 1978) per idoneità dell'atto, in quanto sufficientemente significativo, in relazione alla costituzione di una commissione regionale per la tutela del consumatore e il controllo dei prezzi, chiamata a esercitare poteri di indirizzo e controllo rispetto a uffici amministrativi statali, pur non essendo ancora del tutto chiara la loro pretesa efficacia. Infine, è stato precisato (sent. n. 164 del 1963) che l'adozione di una misura da cui solo eventualmente possano in futuro trarsi conseguenze lesive dell'altrui sfera di attribuzioni non è tale da manifestare, di per sé, un'intenzione in tal senso, cosicché il conflitto è inammissibile, in quanto preventivo.

Si può sintetizzare il guazzabuglio in queste massime: *a*) l'intenzione lesiva delle attribuzioni altrui deve essere formalmente esternata come tale; *b*) deve riguardare l'esercizio di un potere dotato di efficacia giuridica e *c*) deve apparire attuale e non meramente congetturale. Pur con le precisazioni che precedono, l'orientamento in questione appare estensivo (oltre che incerto) assai al di là della formula dell'art. 39 della legge n. 87 la quale, richiedendo un *atto invasivo*, sembra non accontentarsi di intenzioni e richiedere un *conflitto reale*, ovverossia la contestazione di un atto in sé idoneo a comportare una concreta e attuale lesione della sfera giuridico-costituzionale altrui. È manifesto che tale effettiva lesione può prodursi solo attraverso atti dotati di effetti giuridici e non già attraverso «comportamenti» denotativi di «intenzioni» proiettate nel futuro, e per questo irrimediabilmente incerte nei loro effetti.

<sup>21</sup> U. De Siervo, *La Corte si impegna per l'autonomia finanziaria regionale ma il Tesoro continua a erogare il mensile alle Regioni*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1977, p. 156.

Alla stregua dell'ampia apertura manifestata dalla Corte, il conflitto può assumere il significato di strumento di garanzia anticipata o preventiva, rispetto alla potenziale lesione temuta<sup>22</sup>. La Corte nega che, in queste ipotesi, si versi propriamente nel conflitto virtuale (di per sé inammissibile: sent. nn. 164 del 1963; 217 e 364 del 1985), che implicherebbe il suo carattere solo ipotetico e congetturale. Si tratterebbe di una situazione intermedia in cui all'esistenza di un'effettiva pretesa, anche se non ancora giuridicamente produttiva di conseguenze, non si accompagna per il momento la realizzazione delle conseguenze concrete, invasive della sfera di attribuzioni di altro soggetto. Si potrebbe dire che, per mezzo di questo genere di conflitti, si mira a garantire la sicurezza giuridica turbata da pretese d'altri, entro la quale si possano esercitare con tranquillità le proprie attribuzioni.

*Il silenzio e le omissioni.* Il conflitto di attribuzioni può certamente sorgere su atti (positivi) a contenuto negativo. Un esempio è fornito dalla sentenza della Corte n. 38 del 1979 che ha deciso un conflitto sorto su un telegramma del presidente di Regione che comunicava la *decisione di non inviare* atti regionali al controllo statale; un altro, dalla sentenza n. 111 del 1976, riguardante l'esplicito rifiuto di adottare un provvedimento necessario affinché la Regione potesse esercitare una propria attribuzione costituzionale. Problematica, invece, è la configurabilità di conflitti su mere omissioni, cioè conflitti originati dall'inerzia altrui, ipotizzabili quando, a causa delle connessioni procedurali di funzioni appartenenti allo Stato e alle Regioni, dall'inattività dell'uno derivi l'impossibilità di operare delle seconde, e viceversa. Naturalmente, quando si ha piena discrezionalità, nell'*an*, nel *quando*, oltre che nel *quomodo*, nessuna lesione può derivare dalla mera inattività. Invece, il conflitto ha ragione di porsi in relazione ad attività vincolate nell'*an* e nel *quando*, se il comportamento omissivo sia «idoneo a produrre un'immediata violazione o menomazione di attribuzioni, come, per esempio, l'indebito rifiuto di adottare un provvedimento necessario affinché una Regione sia posta in grado di esplicare un'attribuzione costituzionalmente a essa spettante» (sent. nn. 111 del 1976; 187 del 1984; 276 del 2007, la quale ultima ha, però, affermato che, in concreto – si trattava di erogazione alla Regione Sicilia di quote di tributi riscossi dallo Stato –, il comportamento omissivo dello Stato determinava esclusivamente «uno stato d'incertezza» e non era interpretabile come «comportamento omissivo concludente»). Ma, comunque, esistono problemi.

Un primo problema consiste nella trasformazione dell'inerzia nell'equivalente di un atto, cioè di un atto positivo a contenuto negativo. Una prima ipotesi si ha quando la legge stessa attribuisce all'inattività protratta per un certo termine il valore di atto positivo. Un esempio si trova nella sentenza n. 128 del 1969, relativa all'inerzia in un procedimento di controllo, alla quale la legge attribuiva, decorso il termine, il significato di

<sup>22</sup> Grassi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 181, mette in luce la distanza che, su questo punto, divide il conflitto di attribuzioni dal giudizio amministrativo.

silenzio-assenso. Ma, quando ciò non si verifichi, dovrebbe ammettersi l'applicazione, come istituto di carattere generale, della procedura del silenzio-inadempimento, al fine di ottenere una situazione sufficientemente consolidata per consentire il sorgere di un conflitto non ipotetico. Non si vedono ragioni per escludere questa possibilità di convertire il silenzio in un atto, una volta considerato l'istituto in questione come espressione di un generale principio dell'ordinamento collegato al diritto d'azione in giudizio a difesa delle proprie posizioni giuridiche.

Altra, ma inesplorata, questione, della quale non risultano esemplificazioni pratiche, sorge circa l'adempimento del dovere di agire, una volta che una sentenza della Corte abbia statuito che «non spetta» al resistente tenere il comportamento omissivo su cui il conflitto è sorto. Difficile immaginare che la Corte sollevi di fronte a sé conflitto di attribuzioni nei confronti dell'inadempiente, per ottenere l'adozione dell'atto necessario. La Corte dovrebbe agire nell'ambito dei conflitti tra poteri, ma la Regione, in ipotesi inadempiente, non potrebbe parteciparvi. Altra via potrebbe essere quella di fronte al giudice amministrativo, posto ch'esso sia vincolato nel merito alla previa pronuncia della Corte in sede di conflitto. A tale pronuncia potrebbe seguire il giudizio di ottemperanza e anche la nomina di commissari *ad acta*. Si tratta, per ora, di materia inesplorata.

## 6. Il ricorso

Il giudizio sul conflitto è promosso con ricorso (art. 39, primo comma, della l. n. 87 e art. 25 NI). Il termine di ricorribilità, perentorio, come tutti quelli che scandiscono i tempi del giudizio costituzionale afferenti al giudizio costituzionale (sent. n. 611 del 1987), è di sessanta giorni, che decorrono dalla notificazione o pubblicazione (a seconda del regime di pubblicità previsto) dell'atto impugnato ovvero dall'avvenuta conoscenza di esso (art. 39 cpv.).

*Decorrenza del termine.* Il rapporto tra notificazione o pubblicazione e conoscenza è ricostruito nella sentenza n. 328 del 2010 assegnando alla pubblicazione, tutte le volte che sia prescritta o, comunque, quando si sia in presenza d'un atto normativo non diretto a specifici destinatari, un «rilevato assorbente e dirimente», onde è infondata la pretesa di far decorrere il termine dei sessanta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza, quando tale momento preceda la scadenza del termine suddetto. Per «pubblicazione», inoltre, si intende quella sulla «Gazzetta ufficiale» o sul «Bollettino ufficiale della Regione» e non l'affissione nell'albo pretorio (sent. n. 328 del 2010). Sul problema della «conoscenza sufficiente» ai fini della decorrenza del termine di proponibilità del ricorso esiste un'ampia giurisprudenza, per lo più mutuata da quella amministrativa (cfr. sent. n. 62 del 2011). In particolare, la Corte costituzionale ha deciso che la conoscenza rilevante: *a*) non è quella che riguarda meramente l'esistenza dell'atto, bensì quella comprendente anche il suo contenuto (sent. n. 66 del 1967); *b*) è quella che abbia l'organo abilitato a promuovere il ricorso, non altri organi o uffici dello stesso ente (sent. nn. 82 del 1958; 150 del 1969; 92 del 1971).

L'onere della prova circa la tardività del ricorso spetta, ovviamente, alla parte interessata a eccepirlo (sent. nn. 53 del 1960 e 56 del 1962). I termini suddetti

sono normalmente da considerare perentori, tali da comportare l'inammissibilità del ricorso (sent. nn. 15 del 1967; 30 del 1973; 109 del 1981): diversamente, la situazione di incertezza derivante dalla perdurante possibilità di proporre ricorso si protrarrebbe *sine die*.

*Notificazione.* Il meccanismo del ricorso è analogo a quello del processo amministrativo: l'atto del ricorrente deve essere notificato alla controparte. Quindi, nel termine perentorio di venti giorni dalla (ultima, se sono più d'una) notificazione, deve essere depositato nella cancelleria della Corte, con la prova dell'avvenuta notificazione (art. 25 NI). La controparte alla quale il ricorso è notificato è rappresentata dal presidente del Consiglio, per lo Stato, e dal presidente della Giunta regionale, per la Regione. Il ricorso deve essere notificato anche all'organo che ha emanato l'atto, quando si tratti di autorità diverse da quelle di governo e da quelle dipendenti dal governo (art. 25, terzo comma, NI), ai fini di quanto dispone l'art. 4, quarto comma, NI. La notifica diversamente indirizzata (per esempio il ministro, autore dell'atto impugnato) è causa di inammissibilità (sent. nn. 6 del 1957; 172 del 1983; 245 del 1986; 215 del 1988, ove si sottolinea che, sebbene il conflitto sorga su un atto contro il quale viene proposto ricorso, l'oggetto del conflitto non è essenzialmente l'atto, ma la competenza dell'ente come tale, e che pertanto il destinatario della notifica deve essere il suo rappresentante; nella medesima pronuncia si respinge la tesi che la costituzione della parte sani i vizi della notifica, quando la costituzione sia avvenuta in vista, per l'appunto, dell'eccezione di inammissibilità<sup>23</sup>).

*Contenuto.* Il ricorso deve indicare «come sorge il conflitto di attribuzione» e deve specificare «l'atto dal quale sarebbe stata invasa la sfera di competenza, nonché le disposizioni della Costituzione e delle leggi costituzionali che si ritengono violate» (art. 39 u.c., della l. n. 87). Da queste indicazioni necessarie – che devono essere non solo affermate ma anche argomentate – si conferma il carattere reale e costituzionale del conflitto. Esse delimitano la controversia su cui la Corte costituzionale si pronuncerà. Nessuna estensione è possibile in un momento successivo (sent. nn. 329 del 2008 e 105 del 2009), né a opera del ricorrente né a opera del resistente, né da parte della stessa Corte costituzionale d'ufficio. Ove eventualmente venga in considerazione la questione pregiudiziale della legittimità delle norme delimitative delle rispettive competenze, non di allargamento della materia del conflitto si tratterà, ma di innesto di un nuovo e diverso giudizio.

*Sospensione.* Col ricorso o con separata istanza può essere chiesta la sospensione dell'esecuzione dell'atto che ha determinato il conflitto. Sulla domanda dispone la Corte costituzionale con ordinanza, udite le parti, ordinandola quando sussistano «gravi ragioni» (art. 40 della l. n. 87). La giurisprudenza, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, ha precisato: *a*) che occorre il rischio di un danno «grave e irreparabile» e che l'irreparabilità consiste nell'obiettivo impossibilità di una successiva riduzione in pristino; *b*) che non si può argomentare la gravità del danno dall'eventuale ritardo della decisione sul ricorso (ord. n. 168 del 1981); *c*) che la sospensione non ha ragion d'essere ove da essa non possano sortire conseguenze concrete, ciò che tipicamente si verifica quando l'atto che ha dato luogo al conflitto ha esaurito i suoi effetti (ord. n. 123 del 1983), ovvero

<sup>23</sup> Argomenti in senso contrario in A. Pace, *Due tesi discutibili: l'insanabilità dei vizi di notifica e la necessaria «vocatio in jus» del presidente del Consiglio dei ministri, nel «giudizio su ricorso» della Regione per conflitto di attribuzioni contro lo Stato*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1986, pp. 2089 s.



quando l'atto stesso non è causa di pregiudizio concreto e immediato (come nel caso di una «intimazione» ad amministratori regionali contenuta in un provvedimento giurisdizionale insuscettibile di tradursi in conseguenze immediate: ord. n. 122 del 1983), ovvero quando l'atto di cui si chiede la sospensione ha contenuto negativo, come avviene per i provvedimenti di controllo, la cui sospensione non determinerebbe conseguenze sull'atto «non potendo la sospensione sostituire l'atto approvativo da cui dipende l'efficacia del provvedimento» (ord. n. 121 del 1983); *d*) che la sospensione dell'atto statale può essere circoscritta ai soli effetti nei riguardi di una Regione (ord. n. 83 del 1978). La sospensione è stata disposta in un caso in cui si è riconosciuto il possibile pregiudizio alla funzione della difesa nazionale (ord. n. 115 del 1981) e la turbativa del funzionamento dell'Assemblea regionale siciliana, determinata da un provvedimento giudiziario di sospensione di suoi componenti disposta dall'Autorità giudiziaria (ord. n. 94 del 1980). La valutazione delle «gravi ragioni» non è un giudizio preliminare sommario sul merito del ricorso, il quale resta impregiudicato ma deve attendere a valutazioni esterne, concernenti l'incidenza dell'atto sui rapporti e le situazioni giuridiche a cui si riferisce. Ciò non toglie che assuma rilievo anche il cosiddetto *fumus boni iuris* della pretesa principale (ord. nn. 118 e 119 del 1983)<sup>24</sup>. La domanda di sospensione è disponibile, cosicché il ricorrente che l'abbia proposta può rinunciarvi e la rinuncia ha effetto anche a prescindere dall'adesione della controparte (ord. n. 141 del 1983).

*Rinuncia al ricorso.* Conformemente allo schema del processo di parti, il ricorrente ha la disponibilità dell'azione. Ciò consente di estinguere il giudizio, tramite rinuncia (art. 25, u.c., NI). Questa, per produrre effetto, deve tuttavia essere accettata da tutte «le parti costituite» (irrilevanti gli eventuali «interventisti») il che introduce un elemento di rigidità che sottrae alla disponibilità del solo ricorrente lo sviluppo del giudizio. In sostanza, le NI riconoscono implicitamente il potere del resistente di provocare comunque una pronuncia sul merito del conflitto, conformemente al proprio interesse a ottenere una pronuncia favorevole sulla competenza, una volta ch'essa sia stata messa in dubbio.

La rinuncia fa venir meno l'azione in giudizio ma non estingue le posizioni sostanziali che, essendo di diritto pubblico, non sono disponibili<sup>25</sup>. I vizi dell'atto che hanno dato luogo al conflitto, poi «rinunciato», saranno, quindi, comunque rilevabili in qualsiasi processo comune, senza che si sia formata alcuna preclusione.

L'istituto della rinuncia al ricorso (analogamente a quanto previsto nei conflitti tra poteri dall'art. 24, u.c., NI) è giustificato dalla politicità degli enti confliggenti, cui si è voluto lasciare spazio per soluzioni non necessariamente giurisdizionali delle loro controversie, ma raggiungibili attraverso accordi e intese tacite o esplicite e anche attraverso riconsiderazioni delle proprie posizioni<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> U. Pototschnig, in «Le regioni», 1979, p. 141; A. Azzena, *Irreparabilità del danno e «gravi ragioni» per la sospensione nei conflitti di attribuzione fra Stato e Regione*, *ibidem*, 1980, pp. 142 ss.; A. Pizzorusso, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti tra enti*, in Aa.Vv., *I processi speciali*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 295 ss.

<sup>25</sup> Grassi, *Il giudizio costituzionale*, cit., pp. 343 ss.

<sup>26</sup> Volpe, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 401.

## 7. La legittimazione processuale

La legittimazione processuale attiva, cioè la legittimazione a proporre il ricorso, spetta – per lo Stato – al presidente del Consiglio dei ministri (che può delegare a tal fine un ministro) e – per la Regione – al presidente della Giunta, in questo caso previa deliberazione della Giunta regionale (art. 39, primo comma, della l. n. 87). Ogni altro organo (statale o regionale) è privo di legittimazione (sent. n. 110 del 1970). Nulla è disposto per quanto attiene all'esercizio della legittimazione passiva, cioè la legittimazione a resistere. In assenza di disposizioni specifiche (per esempio degli statuti regionali che prevedano altre deliberazioni), può ritenersi sufficiente la decisione del presidente di tali enti, quale soggetto abilitato a rappresentarli nel giudizio costituzionale.

Esiste indubbiamente una disarmonia, difficilmente spiegabile se non considerando il conflitto nell'ottica riduttiva, non politico-costituzionale, ma meramente amministrativa, relativamente all'iniziativa per conto dello Stato. La legittimazione del presidente del Consiglio, senza la previa deliberazione del governo, si discosta sia da ciò che è previsto sul lato della Regione, dove è prevista la delibera di Giunta, sia da ciò che vale nel giudizio principale sulle leggi (ord. n. 123 del 1979), dove è richiesta la delibera collegiale del governo. Tale disarmonia non è superabile – dato il chiaro tenore letterale delle disposizioni – in via di estensione analogica delle regole dettate nei casi sopra richiamati; d'altra parte, però, lo stesso art. 39, terzo comma, della l. n. 87 deve considerarsi «norma completamente isolata», insuscettibile a sua volta di estensione (ord. n. 150 del 1981).

Il presidente del Consiglio dei ministri e il presidente della Regione, nel giudizio costituzionale, rappresentano unitariamente i sistemi ordinali di cui fanno parte (sent. nn. 6 del 1957; 13 del 1960; 68 del 1962; 110 del 1970). Non rappresentano, cioè, singole amministrazioni o singoli organi o «poteri» della relativa organizzazione. Il presidente del Consiglio, in particolare, agisce o resiste non per un interesse proprio del governo, ma dell'ordinamento statale nel suo complesso, indipendentemente dalla spettanza del potere controverso a questo o quell'organo di tale ordinamento. Per questo, non sono legittimati ad agire o resistere in giustizia i ministri, ancorché competenti per materia (da ultimo, sent. n. 198 del 2017). È, dunque, il governo a resistere anche quando sia questione di difendere attribuzioni dello Stato il cui esercizio spetta a strutture organizzative del tutto indipendenti dall'autorità governativa, il cui «interesse istituzionale» è qualitativamente diverso da quello che muove il massimo organo d'indirizzo politico, qual è il governo.

*La rappresentanza dell'Autorità giudiziaria.* Ciò avviene macroscopicamente quando la Regione agisce contro un atto dell'Autorità giudiziaria (ma lo stesso varrebbe per qualunque altro organo dotato di autonomia dal governo). Ciò comporta una scissione evidente e ingiustificabile tra *soggetto sostanziale* e *soggetto processuale* del conflitto<sup>27</sup>. Il problema è

<sup>27</sup> A. Pizzorusso, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*,

stato affrontato dalla Corte costituzionale in un giudizio su conflitto di attribuzioni tra poteri di carattere negativo, promosso da un soggetto appartenente all'Autorità giudiziaria contro il governo che non si era costituito a difesa delle sue attribuzioni in un altro giudizio: quella volta si trattava di un conflitto tra enti (sent. n. 511 del 2000), dove l'atto dello Stato contestato consisteva, per l'appunto, in un provvedimento giudiziario. Nella sentenza n. 309 del 2000 si legge: «Il problema [...] riguarda la partecipazione al giudizio per conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni o Province autonome dell'autorità giudiziaria, quando la controversia abbia avuto origine da un suo atto [...]. Nella configurazione attuale di tali conflitti, per lo Stato è sempre e solo legittimato a intervenire il presidente del Consiglio dei ministri [...] anche quando [...] siano in discussione atti provenienti da organi dello Stato che, per la natura delle funzioni che sono chiamati a esercitare, godono secondo la Costituzione di una posizione di assoluta autonomia e indipendenza dal governo. Si comprende perciò quella "esigenza di autonoma rappresentanza e difesa dell'ordine giudiziario anche nei conflitti tra Stato e Regioni nei quali siano in discussione provvedimenti giudiziari", sulla quale [la] Corte, conformemente a rilievi numerose volte prospettati dai commentatori, già con la sentenza n. 70 del 1985 ha richiamato l'attenzione, esigenza al cui soddisfacimento mira ora il presente conflitto di attribuzioni. Sennonché, a tale carenza occorre [...] che si ponga rimedio in via normativa, non essendo possibile ovviare a essa in via di interpretazione e applicazione dell'ordinamento vigente. Questo pone bensì l'esigenza di un'ideale rappresentanza e difesa dell'autorità giudiziaria nei giudizi su conflitto di attribuzioni in cui sia coinvolto l'esercizio dei suoi poteri, ma non fornisce indicazioni sufficienti circa il modo di colmare la lacuna, cosicché si possa provvedere al riguardo da questa Corte nell'esercizio dei poteri giurisdizionali che le spettano». A «colmare la lacuna» ha provveduto poi la Corte costituzionale stessa, per mezzo di una modifica delle sue Norme Integrative. L'art. 25, secondo comma, nella sua attuale formulazione, dispone che «il ricorso deve essere notificato altresì all'organo che ha emanato l'atto, quando si tratti di autorità diverse da quelle di governo e da quelle dipendenti dal governo» (cfr. ord. n. 353 del 2006, dove dalla mancata notifica in termini non si fa derivare l'inammissibilità del ricorso ritualmente depositato, essendo, quello dell'Autorità giudiziaria, un «intervento» nel processo instaurato tra le «parti» quali sono così definite dall'art. 39 della l. n. 87).

In effetti, il conflitto tra Stato e Regione originato da atti giurisdizionali tende necessariamente a «slittare» verso il conflitto tra i poteri, dove i «veri» soggetti confliggenti sono il potere giudiziario e il potere politico-amministrativo (che costituisce un tutt'uno per note ragioni di contiguità partitica, che superano la distinzione dei diversi livelli di governo). La riprova sta nella circostanza che di regola il governo non si costituisce nel giudizio, per assumere la difesa per conto dell'autorità giudiziaria e contro un potere (regionale) omogeneo a sé stesso. I conflitti tra Stato e Regioni, in questi casi, riguardano funzioni o attribuzioni co-

stituzionali che corrispondono sostanzialmente a «poteri» dello Stato contrapposti (rivelatore, al riguardo, l'andamento della motivazione della sent. n. 70 del 1985, n. 4 della motivazione «in diritto»). Significativa, del resto, è la circostanza che talora, in questi casi, la Corte costituzionale, nel dispositivo delle sue decisioni, non afferma che la tale o talaltra funzione spetta allo Stato o alla Regione (come vorrebbe la logica del conflitto in esame) ma afferma, direttamente, che spetta o non spetta all'Autorità giudiziaria. Dove si vede con la maggiore chiarezza l'omogeneità del conflitto Stato-Regione e del conflitto tra poteri, è il caso in cui in questione siano le immunità previste dell'art. 68, per i parlamentari, e dall'art. 122, per i consiglieri regionali, rispetto ad atti giudiziari che si ritengano eccedere dalla competenza del giudice. Nel primo caso (art. 68) si ha il conflitto tra poteri e il giudice è abilitato a prendere parte al giudizio costituzionale, a pieno titolo; nel secondo caso (art. 122), fino alla riforma delle NI, non era abilitato, ed era rappresentato dal governo. Una stranezza, cui l'anzidetta riforma ha inteso porre un qualche rimedio<sup>28</sup>.

## 8. Estensione del contraddittorio

Nel conflitto tra Stato e Regione, spesso l'atto che ne dà motivo è un provvedimento che comporta effetti per terzi soggetti, che non sono le parti pubbliche tra le quali, in linea di principio, si svolge la controversia destinata a definire l'ordine costituzionale delle competenze. Questi terzi soggetti si trovano così nella condizione di subire, senza poter interloquire nel giudizio, l'esito del conflitto: possono avere l'interesse all'annullamento del provvedimento, se è per loro sfavorevole, o l'interesse al mantenimento, se è favorevole. Analogo problema si pone nel conflitto tra poteri, ma nei conflitti tra Stato e Regioni l'eventualità di questo coinvolgimento di interessi privati, di interessi collettivi, di interessi pubblici comunque diversi da quelli fatti valere nel giudizio tra soggetti costituzionali, è più frequente: anzi, è tanto maggiore quanto più si estende – come si è estesa nel tempo – l'area dei conflitti. Ciò spiega l'interesse dei commentatori, concentrato su queste situazioni<sup>29</sup>, e l'orientamento ch'essi spesso seguono, a favore dell'allargamento del contraddittorio ai cointeressati e ai controinteressati. Il diritto di difesa in giudizio – si dice – giustificerebbe tale allargamento.

L'orientamento della Corte costituzionale, di massima, è contrario (per esempio sent. nn. 293 del 1987; 89 del 2006; 344 del 2007), pur avendo, nel corso del tempo, dimostrato qualche incertezza (sent. nn. 175 del 1976 e 42 del 1985) spiegabile con la forza del richiamo al diritto costituzionale di difesa. Ma, nel complesso, è stata prevalente l'esigenza di tenere distinti i due livelli del contenzioso: quello obiettivo, rivolto alla definizione costituzionale delle competenze, che ha come sbocco il

<sup>28</sup> Sulla riforma dell'art. 25 delle NI, e i suoi problemi, P. Bianchi, *Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni e tra Regioni*, in Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, cit., pp. 310-311.

<sup>29</sup> Da ultimo, F. Marone, *Principio del contraddittorio e conflitti di attribuzione intersoggettivi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, e, in generale M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991.

giudizio costituzionale; quello soggettivo, rivolto al soddisfacimento di interessi particolari, che ha come sbocco la giurisdizione comune. Si tratta dunque di rispettare lo «spirito» dei diversi giudizi o, se si vuol dir così, il «tono» del giudizio costituzionale. Non si può dire che la preoccupazione di non inquinarlo o alterarlo, fino a farne una semplice alternativa di un giudizio comune, sia priva di fondamento (sent. nn. 419 del 1995; 375 del 1997; 35 del 1999).

Tuttavia, una breccia si è aperta con la sentenza n. 76 del 2001 (seguita dalle sent. nn. 225 del 2001, 154 del 2004 e 107 del 2015) ed è sintetizzata nella massima che segue: «Non possono intervenire soggetti diversi da quelli di norma legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi, salvo che gli atti impugnati siano oggetto di un giudizio comune in cui l'interventore sia parte e la pronuncia della Corte sia suscettibile di condizionare la stessa possibilità che il giudizio comune abbia luogo». In effetti, la chiusura del giudizio su conflitto a interessi esterni, pur se coinvolti nella decisione, si giustifica solo a condizione che per i portatori di tali interessi sia aperta la possibilità di rivolgersi a qualche altra giurisdizione. Ma non si giustificherebbe più, alla luce degli artt. 24 e 113 della Costituzione, se proprio in conseguenza di una pronuncia costituzionale, questa possibilità risultasse preclusa. L'esempio più chiaro è quello in cui il conflitto riguarda proprio l'irresponsabilità e quindi l'immunità dalla giurisdizione dei consiglieri regionali, secondo l'art. 122, quarto comma, della Costituzione (parallelamente a quanto già detto, per il caso analogo dell'art. 68 Cost., a proposito dei conflitti tra poteri: *supra*, p. 281). Ma non è detto che i casi non possano moltiplicarsi, con riguardo, innanzitutto, alle ipotesi in cui il giudizio su conflitto esaurisca completamente, assorbendola senza residui, la materia del contendere nel giudizio comune (così, a quanto pare dall'apodittica motivazione, la sent. n. 386 del 2005) e, poi, con riguardo ai soggetti che siano stati beneficiati dall'atto in discussione nel conflitto, i quali, non avendo avuto ragione alcuna di promuovere un giudizio davanti al giudice comune, si troverebbero privati del loro titolo giuridico se l'atto che lo riconosceva fosse annullato dalla Corte costituzionale.

Più facilmente percorribile è la strada dell'allargamento del contraddittorio a favore di altri enti omogenei a quelli confliggenti, cioè ad altre Regioni o Province autonome che si trovano nella medesima posizione costituzionale dei primi, posizione che può risultare intaccata allo stesso modo. Una lontana decisione (sent. n. 38 del 1958) ha infatti stabilito che la Regione Trentino-Alto Adige «ha veste di contraddittore necessario nei giudizi per regolamento di competenza promossi dallo Stato in relazione a un atto amministrativo di una delle due Province [...] e ciò perché la tutela delle competenze delle Province interessa anche la Regione e la sentenza della Corte che decide sulle questioni di competenza vale non solo per la Provincia, il cui atto è stato impugnato dallo Stato col ricorso per regolamento di competenza, ma anche per la Regione nonché per l'altra Provincia, in quanto identiche siano le norme dello Statuto che determinano le competenze dell'una e dell'altra Provincia».

## 9. L'interesse, l'acquiescenza, la cessazione della materia del contendere

*Interesse.* La giurisprudenza costituzionale, seguita dai commentatori, ha tratto dalla configurazione del giudizio su conflitto di attribuzioni come giudizio di parti, l'idea dell'*interesse* come condizione di ammissibilità del ricorso: «il conflitto si delinea [...] allorché un soggetto, sia questo una qualsiasi Regione ovvero lo Stato, assume l'avvenuta invasione da parte dell'altro della propria sfera di competenza, e in ciò precisamente consiste l'interesse a ricorrere, a tutela di quello che può dirsi, se si vuole, il diritto dell'ente all'integrità delle attribuzioni ad esso costituzionalmente spettanti»<sup>30</sup>. Implicite condizioni dell'interesse al ricorso sono dunque l'attualità della (pretesa) lesione e l'idoneità del ricorso a operare in direzione del ripristino dell'ordine che si assume violato (interesse processuale in senso stretto). Perciò la Corte ha negato l'interesse quando la lesione ipotizzata discende da un atto anteriore, non sottoposto a sua volta a ricorso e non più «ricorribile», cosicché l'eventuale accoglimento del ricorso proposto contro l'atto puramente applicativo non sarebbe idoneo a ripristinare l'ordine delle competenze (questa tematica, che si sovrappone a quella dell'impugnabilità degli atti consequenziali, è affrontata, tra le prime, nelle sent. nn. 63 del 1965; 140 del 1970; 189, 244, 245 e 246 del 1985). In altri termini, «occorre che la negazione o la lesione della competenza derivino immediatamente dall'atto denunciato come invasivo, nel senso che esso, qualora sia preceduto da altro che ne costituisca il precedente logico e giuridico, non ne ripeta il contenuto e non ne rappresenti una mera e necessaria esecuzione» (da ultimo, sent. n. 150 del 2017). A maggior ragione, il conflitto non è ammissibile se il suo oggetto è un atto meramente esecutivo di legge già sottoposta a giudizio e uscitane indenne (sent. nn. 77 e 103 del 2016). Se però l'atto contiene in sé qualche elemento innovativo, anche se il tipo di lesione lamentato è identico, il conflitto è ammesso (sent. nn. 206, 359, 385 del 1985).

Perché le valutazioni su questo punto abbiano un'autonomia concettuale da quelle rivolte alla definizione del merito del conflitto, occorre che l'interesse al ricorso sia configurato dal punto di vista del ricorrente, cioè come *nesso di congruenza* tra il ricorso prodotto (e il suo *petitum*) e la ricostruzione unilateralmente operata dal ricorrente della propria sfera di attribuzioni costituzionali. Per valutare l'interesse al ricorso, occorre cioè chiedersi se la decisione richiesta sia in sé congrua rispetto all'obiettivo astrattamente inteso del ripristino dell'ordine delle competenze. Si tratta, insomma, di una valutazione di «non contraddittorietà» interna al ricorso stesso (talora, la contraddizione è colta a partire da comportamenti esterni, come avviene quando la carenza d'interesse si fa discendere dall'esistenza d'una «previa intesa» con lo Stato: sent. n. 235 del 2006). Ove invece alla ricostruzione soggettiva si sostituisca quella oggettiva, cioè quella operata «oggettivamente» dallo stesso giudice del conflitto, è chiaro che la valutazione sull'interesse si esaurirebbe integralmente in quella del merito del

<sup>30</sup> Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 398.

ricorso. La distinzione, in pratica, non è sempre facile, come confermano varie problematiche decisioni, in cui il rischio dello scambio è manifesto (per esempio sent. n. 58 del 1959). Sempre, l'inammissibilità per carenza d'interesse potrebbe essere sostituita da una pronuncia di rigetto nel merito. Del resto, ciò si comprende pensando all'indisponibilità delle posizioni soggettive coinvolte nel conflitto e quindi, per così dire, alla «direzione obbligata» dei comportamenti processuali, ciò da cui dovrebbe derivare l'impossibilità giuridica (come inammissibilità o infondatezza?) di ricorsi che perseguano obiettivi palesemente contrari alla distribuzione costituzionale delle competenze. Una particolarmente evidente *infondatezza* del ricorso potrebbe così trasformarsi in *inammissibilità* di esso, per (istituzionale) carenza di interesse.

*Acquiescenza.* Connessa (e sovrapponibile) alla problematica ora accennata è quella dell'applicabilità nel giudizio su conflitto di attribuzioni dell'istituto dell'acquiescenza, pur non previsto da alcuna norma espressa. Accanto a varie pronunce che negano tale applicabilità (sent. nn. 44 del 1957; 77 e 82 del 1958; 58 del 1959; 3 del 1962; 3 del 1964; 56 del 1969; 78 e 171 del 1971; 89 del 1977) ve ne sono altre che respingono per inammissibilità i ricorsi presentati sulla base di atti privi di autonomia perché meramente consequenziali, dovuti, confermativi, riproduttivi, esplicativi ecc., di altri anteriori, non impugnati tempestivamente nelle forme dovute (per esempio sent. nn. 32 del 1958; 63 del 1965; 140 del 1970; 78 del 1971; 94 e 112 del 1972; 206 del 1975; 84 del 1976; 75 e 89 del 1977; 28 del 1979). Ma che in questi casi si abbia veramente a che fare con l'efficacia preclusiva dell'acquiescenza – nozione tratta dalla giurisprudenza amministrativa – è tuttavia dubbio, trattandosi di materia indisponibile in cui, oltre tutto, è difficile ammettere che un comportamento manifestato allora dall'organo di un ente titolare delle attribuzioni ora in contestazione possa avere impegnato anche in futuro i soggetti che (per esempio, dopo nuove elezioni) abbiano sostituito i vecchi in tale organo. Inoltre, l'inammissibilità del ricorso, in casi come quelli sopra detti, si può motivare molto più semplicemente, a seconda dei casi, in termini d'inammissibilità per *carenza di interesse* o di *decadenza* dell'esercizio dell'azione, per impedire che surrettiziamente, ricorrendo contro un atto puramente consequenziale, si attacchi l'atto-base, ormai di per sé non più suscettibile di ricorso. Tutto ciò, senza alcuna necessità di finzioni psicologistiche di dubbia pertinenza se riferite a soggetti diversi dalle persone fisiche, e comunque non ipotizzate dal diritto come causa di preclusione<sup>31</sup>.

*Cessazione della materia del contendere.* L'interesse a ricorrere è talora difficilmente distinguibile dalla sussistenza (perdurante) della situazione giuridica dalla cui esistenza il ricorrente induce la lesione della sfera delle proprie attribuzioni. Anche su questo punto, la posizione della Corte è incerta, ma – si deve pur dire – si tratta comunque di questioni di ordine

<sup>31</sup> Volpe, *Atti esecutivi e incidente di costituzionalità nei conflitti di attribuzione*, cit., p. 836.

meramente classificatorio di cui non si vedono le conseguenze sul piano concreto. Sembra comunque che la sopravvenuta modificazione della situazione giuridica in relazione alla quale il conflitto è sorto, conformemente all'interesse del ricorrente come reso manifesto dal *petitum* del ricorso (modificazione conseguente a revoca, annullamento d'ufficio, riforma, annullamento giurisdizionale, oppure eliminazione con effetti *ex tunc*) privi il giudizio di un suo elemento essenziale e debba perciò dichiararsi, con una decisione che attiene ai presupposti del giudizio e non al processo, la «cessazione della materia del contendere», secondo quanto avviene nel processo amministrativo (per esempio sent. nn. 74 del 1960; 3 e 71 del 1962; 115 del 1963; 117 e 138 del 1967; 109 del 1969; 22 del 1972; 222 del 1974; 154 del 1975; 4 del 1978; 44 del 1981; 196 e 197, 244, 288, 332 del 1985; 58 e 623 del 1987; 2 e 307 del 1988). L'inammissibilità pronunciata in questi casi non contraddice la configurazione dell'oggetto del giudizio come controversia sulla competenza. Poiché si tratta comunque di competenza *in concreto*, nel caso della carenza (sopravvenuta) dell'atto, la controversia si sposterebbe inammissibilmente su un piano astratto o ipotetico, venendo conseguentemente meno la concretezza della controversia. La Corte ha precisato (sent. nn. 74 del 1960; 3 del 1962; 4 del 1978; 101, 126 e 190 del 1980; 150 del 1981; diversamente, tuttavia, nn. 196 e 376 del 1985) che deve trattarsi di eliminazione totale, *ex tunc*, quando l'atto abbia già prodotto effetti. Solo così infatti può ritenersi essere venuta meno l'affermazione di competenza all'origine del conflitto, ed essere cessato quindi anche l'interesse al ricorso. Il mero *esaurimento degli effetti* dell'atto non è perciò idoneo a determinare l'estinzione del giudizio (sent. nn. 3 del 1962; 222 del 2006 e 198 del 2017, dove si chiarisce che, a meno che l'atto non sia stato ritirato o annullato con effetto fin dall'inizio, sussiste pur sempre l'interesse a eliminare la «situazione di incertezza» determinata dall'atto impugnato).

*Rinuncia.* Conformemente allo schema del processo di parti, queste hanno la disponibilità dell'azione (non però, trattandosi di rapporti di diritto pubblico, delle rispettive posizioni sostanziali)<sup>32</sup>. Ciò consente loro di estinguere il giudizio (art. 25, u.c., NI). La rinuncia, per produrre effetto, deve tuttavia essere accettata da tutte «le parti costituite» (irrilevanti gli «interveniuti»), il che introduce un elemento di rigidità che sottrae alla disponibilità del solo ricorrente lo sviluppo del giudizio. In sostanza, le NI riconoscono implicitamente il potere del resistente di provocare comunque una pronuncia sul merito del conflitto, conformemente al proprio interesse a ottenere una pronuncia favorevole sulla competenza, una volta ch'essa sia stata messa in dubbio. L'istituto della rinuncia al ricorso (analogamente a quanto previsto nei conflitti tra poteri dall'art. 24, u.c., NI) è giustificato dalla politicità degli enti confliggenti, cui si è voluto lasciare spazio per soluzioni non necessariamente giurisdizionali delle loro controversie, ma raggiungibili attraverso accordi e intese tacite o esplicite e anche attraverso riconsiderazioni delle

<sup>32</sup> Grassi, *Il giudizio costituzionale*, cit., pp. 343 ss.



proprie posizioni<sup>33</sup>. I vizi dell'atto che hanno dato luogo al conflitto, poi «rinunciato», saranno comunque rilevabili in qualsiasi processo comune, senza che si formi alcuna preclusione.

## 10. La decisione del conflitto

La risoluzione del conflitto avviene tramite una pronuncia con la quale la Corte *a*) dichiara a quale ente spettano le attribuzioni in contestazione e *b*) annulla eventualmente l'atto viziato per incompetenza (artt. 41 e 38 della l. n. 87). Naturalmente, stante il fatto che il concetto di incompetenza si è esteso alla «incompetenza oggettiva», cioè al «cattivo uso» della competenza, la pronuncia può anche essere formulata nel senso che spetta o non spetta a tale o talaltro ente adottare un atto avente un determinato tipo di contenuto o un atto conseguente a una determinata procedura, contenuto e procedura lesivi dell'altrui sfera di attribuzioni. Non sono pertanto da escludere pronunce interpretative o additive, anche in questo tipo di conflitto (per il conflitto tra poteri, *supra*). Frequente, per esempio, è la formula con la quale si nega che un certo atto possa essere adottato «senza che siano intervenute intese», a seconda dei casi, con lo Stato o con la Regione (per esempio, sent. n. 175 del 1976<sup>34</sup>).

I dati normativi sopra richiamati consentono di orientarsi sul quesito se la pronuncia della Corte debba considerarsi relativa *a*) alla spettanza della competenza controversa in quanto tale, cioè in astratto (mentre l'annullamento dell'atto invasivo sarebbe un mero aspetto consequenziale); *b*) all'illegittimità dell'atto che ha dato origine alla controversia; oppure *c*) alla titolarità della competenza e alla legittimità dell'atto, inscindibilmente. L'importanza del problema è questa. Secondo la prima tesi, l'efficacia della pronuncia della Corte – il *giudicato sostanziale* – trascenderebbe il caso concreto, assumendo forza capace di «pregiudicare» ogni futura decisione (degli organi di controllo, dei giudici comuni, della stessa Corte costituzionale, salva l'eventualità sempre possibile di *revirements*) circa casi ulteriori in cui sia in discussione la spettanza della stessa competenza, rispetto a nuovi atti di esercizio della stessa. Ciò potrebbe avvenire in controversie tra gli stessi ma anche tra altri soggetti, purché naturalmente fossero identiche le norme costituzionali assunte come parametro e le funzioni contestate. Ma anche a escludere la tesi estrema, che da un tal tipo di decisioni possa scaturire un'interpretazione incontrovertibile ed *erga omnes* delle norme costituzionali sulla competenza, onde il ruolo della Corte possa configurarsi come quello di una giurisdizione d'interpretazione<sup>35</sup>, e ad ammettere più limitatamente che la decisione riguardi la sola determinazione della spettanza del tipo di funzioni contestate

<sup>33</sup> Volpe, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 401.

<sup>34</sup> Su cui E. Cheli, *In tema di tutela del paesaggio*, in «Le regioni», 1977, p. 133.

<sup>35</sup> A. Pensovecchio Li Bassi, *Conflitti fra Stato e Regioni*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1962, p. 1002; F. Cassarino, *Un preteso conflitto di attribuzioni*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1959, p. 389.

in concreto – l'interpretazione delle norme costituzionali costituendo solo la premessa giuridica della decisione e non l'oggetto di questa<sup>36</sup> – le implicazioni sarebbero eccessivamente ampie, coinvolgendo non solo le future controversie tra gli stessi soggetti circa l'esercizio delle stesse funzioni, ma anche le possibili controversie fra soggetti diversi da quelli che hanno partecipato al giudizio sul precedente conflitto. Questa posizione, di cui vi sono segni nella prima giurisprudenza costituzionale (sent. nn. 11 del 1957; 38 del 1958; 18 del 1967), cristallizzerebbe oltre misura il quadro normativo, là dove invece una certa duttilità appare necessaria<sup>37</sup>. Inoltre, è facile constatare che tanto più ci si allontana dalla concezione del conflitto come *vindicatio potestatis* e si valorizzi invece la funzione di strumento contro l'uso scorretto di poteri di cui non si contesta la spettanza, tanto più ci si avvicina all'idea del conflitto come controversia sull'atto. Ma ciò non significa che debba senz'altro accogliersi la tesi che vede nell'atto singolo, come tale, l'oggetto del conflitto e della pronuncia della Corte costituzionale, con un'assimilazione integrale del giudizio su conflitto di attribuzioni al giudizio amministrativo di annullamento<sup>38</sup>. D'altra parte, questa ricostruzione apparirebbe in contrasto con l'art. 38 della legge n. 87 già richiamato, che configura un contenuto duplice della pronuncia: circa la competenza e circa l'atto (con riferimento all'eventuale suo annullamento).

La soluzione più corretta sembra così formulabile: la decisione della Corte cade in primo luogo sulla competenza, determinandone la spettanza. Ma, poiché non si controverte sulla competenza in astratto, ma sulla competenza rispetto ad atti concreti e individuati, la pronuncia sulla competenza è riferita a tali atti e si esaurisce in relazione a questi<sup>39</sup>. Pertanto, la pronuncia della Corte non può pretendere di valere rispetto ad altri casi, derivanti da atti ulteriori di esercizio della medesima competenza (astratta) di cui (in concreto) essa si è già occupata, né tanto meno rispetto a controversie, ancorché analoghe, che insorgano tra soggetti diversi. Entro questi limiti, la decisione della Corte assume la forza del giudicato ed è dunque capace d'imporre a tutti gli altri ordini di giurisdizione. L'orientamento della Corte costituzionale è nel senso detto, cosicché essa, di fronte a nuovi atti di esercizio dello stesso potere di cui abbia già in precedenza dichiarata la spettanza (rispetto ad altri atti), entra nel merito della questione, richiamandosi come precedente, ma solo come precedente, alla propria anteriore pronuncia e non invocando mai la violazione del giudicato costituzionale, cosa che dovrebbe accadere se si fosse adottata la concezione più ampia della portata della pronuncia sulla competenza.

Le sentenze che definiscono i conflitti sono intangibili, come tutte quelle pronunciate dalla Corte e non possono essere sottoposte a impugnazione (art. 137, u.c., Cost.). Per questo, la Corte ha negato che possa avere luogo

<sup>36</sup> G. Grottanelli De' Santi, *I conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e fra Regioni*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 109.

<sup>37</sup> C. Mortati, *Le leggi-provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 121 s.

<sup>38</sup> Cerri, *Competenza, atto e rapporto*, cit., p. 1042.

<sup>39</sup> Grassi, *Il giudizio costituzionale*, cit., pp. 176 ss.

– data l’inammissibilità assoluta del *petitum* – un conflitto di attribuzioni fra poteri sollevato in relazione a una sua propria pronuncia riguardante un precedente conflitto tra Stato e Regione, sollevato precisamente con lo scopo di addivenire all’annullamento di essa (ord. n. 77 del 1981).

## 11. Il rapporto del giudizio sul conflitto con la giurisdizione comune

Il rapporto tra il giudizio su conflitto di attribuzioni e i giudizi comuni è privo di regolamentazione espressa nei codici di procedura, specificamente nel Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104). Eppure i punti di contatto che possono generare problemi di coordinamento non mancano, data la circostanza che lo stesso atto rilevante in sede di conflitto può essere oggetto di giudizio in istanze giurisdizionali diverse. Per di più, rispetto al medesimo atto può essere fatto valere il medesimo vizio, l’incompetenza. Il quadro si complica, poi, per il fatto che, di fronte alla Corte costituzionale, possono agire lo Stato e la Regione ma, di fronte alla giurisdizione comune, può agire chiunque vanti una situazione giuridica protetta. L’esigenza di un coordinamento è evidente, sia per evitare, fin dove è possibile, le contraddizioni di giudicati, sia per riconoscere alla pronuncia della Corte la speciale preminenza che le spetta quando l’atto sia contestato davanti ai giudici comuni per una ragione di riparto costituzionale delle competenze.

Il punto di partenza deve essere l’incontestabilità della pronuncia della Corte, incontestabilità che riguarda la spettanza della competenza in concreto, cioè relativamente all’atto che ha originato il conflitto. Tale incontestabilità non è da fondarsi sull’art. 137, u.c., della Costituzione, cioè sull’impugnabilità delle decisioni costituzionali. L’assenza di istanze giurisdizionali costituzionali supplementari è solo una conseguenza dell’incontestabilità, come principio. L’incontestabilità, a sua volta, deriva dalla posizione della Corte, come organo di chiusura, monopolista delle decisioni riguardanti la distribuzione costituzionale delle competenze. Per questa ragione, strettamente costituzionalistica, è un errore di prospettiva, è un guardare i problemi in una luce impropria e deformante, il procedere a partire dalle categorie processuali comuni per definire l’efficacia delle pronunce costituzionali (giudicato formale e sostanziale, efficacia *inter partes* o *erga omnes*, limiti circa il *petitum* e alla *causa petendi* ecc.) e dalle norme che regolano i giudizi ordinari e amministrativi<sup>40</sup>. Applicando queste categorie, basandosi cioè su norme dettate ad altri propositi ed estendendone la portata all’ambito della giurisdizione comune a quello della giurisdizione costituzionale, si possono forse certo fare esercizi d’intelligenza, ma si perde di vista la qualità dei problemi cui l’intelligenza deve applicarsi.

<sup>40</sup> C. Padula, *Conflitti di attribuzioni tra Stato e Regioni. Giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell’attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari*, in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 95 ss.

L'osservazione precedente, circa il «posto» della Corte e la sua funzione di chiusura, consente di rispondere al primo quesito, a proposito del rapporto tra la giurisdizione comune – in particolare, la giurisdizione amministrativa di annullamento – e la giurisdizione costituzionale, nel caso in cui la Corte si sia pronunciata sull'ordine delle competenze e il giudice comune debba, a sua volta, pronunciarsi sulla legittimità dell'atto. Quest'ultimo, per i motivi ora indicati relativamente all'efficacia della pronuncia costituzionale sulla competenza, è vincolato dalla pronuncia della Corte costituzionale. Il caso, ovviamente, può verificarsi solo nell'ipotesi in cui, nel giudizio sul conflitto, sia stata riconosciuta la competenza dell'ente che ha adottato l'atto: atto, dunque, ritenuto legittimo. Nell'altra ipotesi, l'atto sarebbe (già stato) annullato e nessun problema, conseguentemente, potrebbe ancora essere prospettato circa la sua invalidità presso un diverso giudice. Dove trovare la conferma di questa affermazione: se la Corte ha riconosciuto la competenza del soggetto che ha emanato l'atto, il giudice comune non può disconoscerla? Nel fatto che, qualora ciò avvenisse, ci sarebbe materia di conflitto costituzionale tra poteri (la Corte potrebbe ricorrere dinanzi a sé stessa contro il giudice ribelle), conflitto che si concluderebbe evidentemente con una pronuncia costituzionale che stabilirebbe che «non spetta al giudice...» e con l'annullamento della decisione giurisdizionale comune.

Ragionando nello stesso ordine di problemi, dovrebbe risolversi anche la questione che sorge nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo si trovi a giudicare della legittimità di un atto sotto il profilo dell'incompetenza costituzionale, quando in relazione allo stesso atto sia pendente un giudizio su conflitto di fronte alla Corte. Se si dà il giusto valore all'efficacia *erga omnes* (e quindi anche rispetto alle parti del giudizio comune) che la pronuncia della Corte è destinata ad assumere sul punto della competenza in concreto (cioè rispetto all'atto che ha generato il conflitto); se si considera, dunque, che su questo punto esiste, se non una pregiudizialità in senso stretto, una *priorità* costituzionale, dovrebbe valere la sospensione del processo comune (pur se promosso da un ricorrente diverso da quello che ha promosso il conflitto costituzionale), in attesa della pronuncia della Corte. Questa sarebbe la strada più ragionevole per coordinare i due ordini di giurisdizione ed evitare un possibile contrasto tra i giudicati. In tale prospettiva, potrebbe spiegarsi l'obbligo di pubblicazione del ricorso per conflitto di attribuzioni sulla «Gazzetta ufficiale» e sul «Bollettino ufficiale delle regioni» (a norma dell'art. 25, primo comma, della l. n. 87, cui fa rinvio l'art. 41 della stessa legge). La mancata previsione nella legislazione processuale, tra i casi di sospensione del processo, di quello in questione non appare di per sé risolutiva, un obbligo in tal senso potendosi ricavare in via sistematica, allo scopo di colmare la lacuna derivante dalla stratificazione delle normative in materia, non sempre perfettamente integrate. I commentatori e la giurisprudenza sono prevalentemente di diverso avviso, sottolineando in modo forse eccessivo le ragioni di eterogeneità dei due ordini di giudizio (diversità di parti, di *petitum*, di *causa petendi*: argomenti, per così dire, subcostituzionali). Chi sostiene la tesi della sospensione<sup>41</sup>, prospetta *de iure*

<sup>41</sup> Per esempio A. Sandulli, *Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 1506 s.

*condendo* una soluzione che appare argomentabile forse già allo stato attuale del diritto (costituzionale) vigente.

Diversa è l'eventualità in cui il ricorso al giudice amministrativo sia proposto quando un giudizio su conflitto non sia pendente, ma esistano, in astratto, i presupposti per promuoverlo: cioè vi siano ragioni per ritenere che l'atto sia viziato d'incompetenza costituzionale. In questo caso, non c'è ragione per escludere la giurisdizione (in particolare) del giudice amministrativo, senza distinzione tra l'eventualità che il ricorrente sia lo stesso che avrebbe potuto proporre il ricorso per conflitto o sia altro soggetto. La giurisdizione costituzionale è solo un'ipotesi e nulla permette di dire che si traduca in realtà con il rischio eventuale di contraddizione tra giudicati. La situazione che può ipotizzarsi è quella in cui il giudice comune abbia riconosciuto la legittimità dell'atto e la Corte lo annulli, ma ciò deriva dalla priorità del giudizio costituzionale su quello comune, il quale non «pregiudica» affatto il primo. Del resto, la ristrettezza dei termini per il promovimento del conflitto rende questa ipotesi poco realistica.

La giurisprudenza comune è in questo senso, con talune eccezioni tuttavia, le quali si basano su un presunto difetto di giurisdizione del giudice comune in questioni di distribuzione costituzionale di competenze. La conseguenza di questa impostazione dovrebbe essere l'iniziativa di questo giudice che, sostituendosi alle parti del conflitto costituzionale (Stato e Regioni), sollevi qualcosa come un conflitto d'attribuzioni attraverso una questione incidentale. La base normativa di questa costruzione starebbe nel rinvio che gli artt. 37, quinto comma, e 41 della legge n. 87 fanno (in quanto applicabili) all'art. 23 della stessa legge, che disciplina, per l'appunto, il giudizio incidentale<sup>42</sup>. Ma tale strada non ha avuto esito di fronte alla Corte costituzionale (ord. nn. 39 del 1968<sup>43</sup> e 57 del 1971, entrambe in casi di conflitto tra i poteri). Invero, la proposizione officiosa da parte del giudice di una questione con la quale egli sollevi un conflitto che non lo coinvolge come parte ma che riguarda enti che a loro volta non si sono attivati in sede di conflitto, pone insuperabili difficoltà, tenuto conto dello stato attuale della normativa in vigore e del giudizio su conflitto come giudizio a parti predeterminate, condizionato alla loro libera iniziativa. *De iure condendo*, si prospetta l'opportunità di una forma di coordinamento consistente nella previsione, come onere del ricorrente che promuove il giudizio davanti al giudice comune su un atto suscettibile di

<sup>42</sup> C. Selvaggi, *I conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni e fra Regioni*, in «Foro italiano», IV, 1956, cc. 134 ss.; Id., *Conflitto di attribuzioni e questioni incidentali di competenza costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1960, pp. 1040 ss.; C. Lavagna, *Conflitto incidentale e giudizio di legittimità*, in «Foro amministrativo», I, 1957, n. 1, pp. 189 ss.; L. Vandelli, *I difficili rapporti tra conflitto di attribuzioni e giurisdizione amministrativa*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1977, pp. 1815 ss. Un esame delle diverse proposte in S. Grassi, *In tema di rapporti tra giudizio costituzionale sui conflitti intersoggettivi e giudizi comuni*, in Aa.Vv., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, in onore di Vezio Crisafulli. I: *Sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, pp. 445 ss. (e in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1984, pp. 1235 ss.); A. Azzena, *Conflitti di attribuzioni e giudizio amministrativo*, in «Foro italiano», III, 1993, cc. 367 ss.; e in G. Serges, *Giudizio amministrativo e conflitti di attribuzioni fra Stato e Regione*, in «Diritto e società», 1981, pp. 635 ss. e soprattutto pp. 651 s.

<sup>43</sup> Su cui G.U. Rescigno, *Sull'ammissibilità del conflitto incidentale tra i poteri dello Stato e su altre regole in tema di conflitti secondo l'ord. 39 della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», pp. 517 ss.

dar luogo anche al conflitto, della notificazione dell'atto introduttivo agli enti abilitati a sollevare il conflitto costituzionale, al fine di far decorrere un termine di decadenza per la proposizione del ricorso costituzionale. Decorso inutilmente tale termine, il giudice comune potrebbe decidere secondo le regole comuni. Questa soluzione<sup>44</sup> sottintende la prevalenza logica del giudizio costituzionale su quello comune e dunque l'obbligo del giudice non costituzionale di adeguarsi alla pronuncia costituzionale sulla competenza, ove a essa si arrivi, in seguito alla messa in opera del procedimento appena indicato.

Altro problema concerne la libertà di opzione da parte del ricorrente (Stato o Regione) tra il rimedio del conflitto e quello del giudizio amministrativo. La giurisprudenza è oscillante. Da un lato, vi sono decisioni che escludono la via del ricorso al giudizio amministrativo quando vi potrebbe essere conflitto costituzionale, nei casi in cui quindi il vizio denunciato sia di incompetenza costituzionale. Ma la giurisprudenza prevalente è di segno contrario, ritenendosi che la proponibilità astratta del conflitto non esclude l'ammissibilità del ricorso per annullamento al giudice amministrativo. Secondo questo orientamento, la giurisdizione della Corte costituzionale e quella del giudice amministrativo dipendono in definitiva da come il ricorrente abbia articolato il ricorso e il *petitum*<sup>45</sup>. Il giudizio sul conflitto avrebbe confini più ristretti di quelli del giudizio amministrativo e, entro tali confini, non sarebbe riservato alla Corte, poiché l'ambito del giudizio amministrativo non è alternativo ma si sovrappone all'ambito del primo. Sia pure con conseguenze parzialmente diverse sul piano della decisione, vi sarebbe così una concorrenza tra vie giurisdizionali diverse che consentirebbe al ricorrente la scelta dell'una o dell'altra e forse, assurdamente, dell'una e dell'altra cumulativamente (non essendo prevista alcuna alternatività).

copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna

<sup>44</sup> Avanzata da Sandulli, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 1506 s.

<sup>45</sup> G. Berti, *Conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo*, in «Le regioni», 1977, p. 232.



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna





### 1. Sguardo generale: la «giustizia politica»

L'art. 134 della Costituzione prevede, tra le competenze della Corte costituzionale, il giudizio sulle accuse promosse contro il presidente della Repubblica in caso di «alto tradimento» e di «attentato alla Costituzione», quando è posto «in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri» (art. 90 Cost.). Mentre nell'esercizio di tutte le altre competenze la Corte giudica di atti giuridici, in questo unico caso è giudice di persone e di comportamenti. Nell'esercizio della competenza in questione, essa giudica in una composizione speciale, poiché nel giudizio «intervengono, oltre i giudici ordinari [...], sedici membri tratti a sorte da un elenco di cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore che il Parlamento compila ogni nove anni mediante elezione con le stesse modalità stabilite per la nomina dei giudici [costituzionali] ordinari» (art. 135, u.c., Cost.).

Per questa parte, l'art. 134 della Costituzione attuale è il risultato della riforma compiuta dall'art. 2 della legge cost. n. 1 del 1989. In precedenza, la giurisdizione penale costituzionale si estendeva ai «reati ministeriali», cioè ai reati commessi dal presidente del Consiglio dei ministri e dai ministri, «nell'esercizio delle loro funzioni». Con la riforma, la giurisdizione sui reati ministeriali è stata trasferita alla magistratura ordinaria che l'esercita in uno speciale procedimento davanti al cosiddetto «tribunale dei ministri», previa autorizzazione a procedere della Camera o del Senato, secondo l'art. 9, terzo comma, della suddetta legge cost. n. 1 del 1989. Pertanto, oggi, la responsabilità penale dei ministri è materia, per una parte, del diritto penale e processual-penale e, per un'altra, del diritto costituzionale generale o del diritto parlamentare, ma non (più) della giustizia costituzionale.

Una responsabilità analoga a quella che valeva per i ministri, prima della riforma dell'art. 134 della Costituzione, era prevista negli artt. 26 e 27 dello Statuto della Regione siciliana. Tali disposizioni demandavano all'Alta Corte per la Regione siciliana il giudizio sui reati commessi dal presidente della Regione e dagli assessori nell'esercizio delle loro funzioni. Ma questa giurisdizione non fu mai operante, mancando le norme processuali necessarie per renderla attuale.

Essa venne meno, poi, per l'estinzione dell'organo chiamato a esercitarla, non essendosi provveduto a rinnovarlo nei suoi componenti nel frattempo scaduti. Fu infine espunta dalla Corte costituzionale, prima con la sentenza n. 38 del 1957 relativa all'«assorbimento» della giurisdizione dell'Alta Corte in quella della Corte costituzionale, poi con la sentenza n. 6 del 1970 con la quale le citate norme dello Statuto siciliano furono dichiarate incostituzionali.

La competenza penale della Corte costituzionale è da ascrivere a quella categoria del diritto costituzionale che, genericamente, si denomina «giustizia politica»: la speciale responsabilità alla quale, nella tradizione del costituzionalismo, sono sottoposte le alte cariche dello Stato per i crimini commessi nell'esercizio delle loro funzioni<sup>1</sup>. Essa ha conosciuto storicamente e conosce attualmente numerose forme di realizzazione che si differenziano dalla giustizia comune con riguardo ai soggetti e agli illeciti, alla natura degli organi giudicanti e alle procedure del giudizio. Ma, pur con le sue caratteristiche differenziali rispetto alla giustizia senza aggettivi, la «giustizia politica» non è un puro esercizio artificioso di ipocrisia costituzionale, per far valere bassi interessi di natura partigiana attraverso le forme esteriori, solenni e imparziali, della giustizia. Si tratta invece di istituti previsti per controversie giuridico-costituzionali che, alla fine, restano fondamentalmente tali, pur anche se, dato il loro rilievo nella vita pubblica, sia per la natura dei fatti che per la posizione degli autori dei fatti, le forme della giustizia comune si considerano inadeguate<sup>2</sup>.

Può sembrare che la formula stessa «giustizia politica», in sé invero alquanto equivoca<sup>3</sup>, nonché la realtà che indica siano segnate da un'insanabile contraddizione, almeno stando a ciò che correntemente si ritiene sia proprio della giustizia (impar-

<sup>1</sup> L'espressione *giustizia politica* si usa in significati anche diversi da quello di cui al testo. W. Godwin, *Enquiry Concerning Political Justice, and its Influence on Moral and Happiness* (1793) è un trattato di filosofia politica d'impostazione razionalista radicale, sul legame tra politica e morale e sulla corruzione delle istituzioni del suo tempo: «giustizia politica» è, qui, la giustizia nella sfera politica. F. Guizot, *Des conspirations et de la justice politique* (1821) è una denuncia degli intrighi di potere che pervadevano l'azione dei tribunali nella Francia della Restaurazione. A. Demandt, *Processare il nemico*, Torino, Einaudi, 1996; D. Zolo, *La giustizia dei vincitori*, Roma-Bari, Laterza, 2008; e P.P. Portinaro, *Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2011, sotto questa espressione trattano della «giustizia dei vincitori». Oggi, si parla spesso, genericamente, di «giustizia politica» o di «uso politico della giustizia», cioè come strumento improprio per combattere gli avversari politici (cfr. O. Kirchheimer, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1961; trad. it. *Giustizia politica*, Macerata, Liberilibri, 2002) o per «processare la storia» (H. Quaritsch, *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, Milano, Giuffrè, 2005 e O. Marquard e A. Melloni, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, Laterza, 2008). Si veda anche il vol. XXXVIII: *I diritti dei nemici, nei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>2</sup> Al riguardo, F. Pierandrei, *La giustizia politica, la giustizia ordinaria e i senatori*, ora in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, 3 voll., Torino, Giappichelli, 1964, vol. III, pp. 10 ss. e, in generale, M. Bracci, *Aspetti giuridici della corruzione politica*, in «Il Ponte», 1947, pp. 876 ss.

<sup>3</sup> F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 1016, n. 580; P. Biscaretti di Ruffia, *Il problema della «giurisdizione costituzionale» e la sua recente soluzione in Italia*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, Cedam, 1957, vol. I, p. 140; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976<sup>9</sup>, vol. II, p. 1088.

zialità, impermeabilità alle ragioni contingenti di opportunità, esistenza di massime di decisione preordinate e generali ecc.) e della politica (parzialità, subordinazione all'opportunità del momento, assenza di vincoli precostituiti ecc.). Naturalmente, per chi ragiona in questi termini, tale doppia faccia crea difficoltà concettuali insormontabili. Le due esigenze (quella politica e quella di giustizia) appariranno giustapposte arbitrariamente in istituti intrinsecamente contraddittori, nei quali non vi è la possibilità di una sintesi accettabile e accettata. In questa chiave, è chiaro che le forme della giustizia politica possono suscitare insofferenza tra chi vorrebbe più politica (e meno giustizia) o, al contrario, più giustizia (e meno politica). Ed è altrettanto chiaro che, in un contesto ideologico come l'attuale, dove banalmente e semplicisticamente la politica è (intesa come) il regno delle passioni, degli interessi e delle opinioni partigiane, se non proprio dell'intrigo inconfessabile, mentre la giustizia è (intesa come) il regno dell'imparzialità e dell'oggettività, la seconda accentuazione è quella che tende a essere più facilmente argomentabile in teoria, mentre la prima è quella che tende a prevalere in pratica. Da ciò, le critiche ricorrenti, sempre vivissime tutte le volte che gli istituti in questione vengono messi in atto.

Il compito da affrontare in una sede teorica è di comprendere le ragioni politico-costituzionali che stanno alla base di un sistema di giurisdizione particolare, che non è tanto la corruzione della giustizia senza aggettivi o il mascheramento della politica in forme che le sono estranee, quanto il tentativo di predisporre risposte istituzionali adatte alle circostanze speciali cui devono far fronte. Occorre cercare di penetrare la logica profonda di istituti che affondano le loro radici lontano nel tempo e si trovano diffusi, con varianti che non ne eliminano la comune ispirazione, in pressoché tutti gli ordinamenti costituzionali di tradizione analoga a quella del nostro. Così, si può sperare di offrire anche qualche criterio di comportamento per i soggetti ai quali spetta, concretamente, la messa in opera degli istituti della giustizia politica.

## 2. L'origine storica della giustizia politica e la sua *ratio* attuale

Come per gli istituti che sopravvivono nei secoli agli ordinamenti in cui si sono affermati inizialmente, anche nella speciale responsabilità penale costituzionale si può riscontrare la sovrapposizione di ragioni diverse, la loro trasformazione, l'abbandono di quelle storicamente superate, l'emergenza di nuove.

La moderna configurazione della «giustizia politica», nelle sue diverse varianti, si fa derivare dall'istituto dell'*impeachment*, attraverso il cui uso il parlamento inglese riuscì ad attrarre nell'orbita della propria influenza gli alti funzionari del regno e i consiglieri del re, contribuendo alla trasformazione della monarchia assoluta in onnipotenza parlamentare. L'accusa era esercitata o minacciata dalla Camera dei comuni, che agiva come grande giuria in nome dell'intero paese nei casi di *treason or other high crimes and misdemeanours*, e si indirizzava alla Camera dei Lord, supremo organo giudiziario del regno<sup>4</sup>. Quest'azione di responsabilità fu

<sup>4</sup> Sulle ragioni di questo sistema, W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, vol. VI, Paris, Didot, 1823, pp. 100 ss. e, sulla sua formazione storica, B. Wilkinson,

uno degli strumenti attraverso il quale il parlamento e le forze sociali che esso rappresentava riuscirono a spostare a loro favore il baricentro del sistema di governo, facendo dipendere dal loro consenso (oggi si direbbe: dalla loro fiducia) la permanenza in carica dei collaboratori e quindi la politica stessa del re. Da ciò risulta il carattere eminentemente politico di questo modo di intendere l'accusa, concepita con notevole latitudine, fino a divenire idonea a colpire attività semplicemente svantaggiose o inopportune per il paese. Accettato il principio della responsabilità politica nei confronti della Camera elettiva, lo strumento dell'accusa parlamentare, grezzo e per lo più sproporzionato allo scopo, è caduto in disuso<sup>5</sup>, ancorché i costituzionalisti inglesi non ne escludano la reviviscenza per i più gravi reati politici, per i quali tanto la sfiducia parlamentare, quanto le ordinarie procedure giudiziarie fossero inadatte. Con ciò, appare l'altra *ratio* latente: l'insufficienza della giustizia comune per i reati che toccano gli interessi più alti della vita costituzionale. Ma di ciò, più oltre.

Dove invece la responsabilità politica dell'esecutivo di fronte al Parlamento non si è affermata – come negli Stati Uniti d'America – la procedura dell'*impeachment* (promossa dal *Judiciary Committee* della Camera dei rappresentanti e diretta al Senato, presieduto per l'occasione dal presidente della Corte suprema) ha mantenuto la sua importanza, in funzione essenzialmente politico-costituzionale e non penale. La sua attivazione non richiede infatti necessariamente la commissione di reati, anche se si ritiene occorra la violazione di doveri giuridicamente rilevanti, e può condurre solo all'allontanamento dalla carica del presidente e degli alti funzionari governativi (oltre che dei giudici), quando essi siano «caduti in disgrazia» presso la nazione (la responsabilità giuridico-penale essendo poi fatta valere, eventualmente, nelle vie ordinarie di fronte ai giudici comuni)<sup>6</sup>.

In Italia, lo Statuto albertino (come le coeve costituzioni della Restaurazione liberale) adottò uno schema analogo, essendosi previsto che il Senato venisse costituito in *Alta Corte di giustizia* con decreto reale per giudicare, oltre che i crimini di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato da chiunque compiuti, anche i ministri accusati per qualunque ragione dalla Camera dei deputati. Il Senato cessava allora, per quell'evenienza, di essere «corpo politico», non potendo trattare, sotto pena di nullità, se non degli affari giudiziari per cui era convocato<sup>7</sup>. La prima delle anzidette com-

*Constitutional History of Medieval England. 1216-1399. II: Politics and the Constitution 1307-1399*, London, Longmans, 1952, pp. 258 ss.

<sup>5</sup> F. de Franchis, *Dizionario giuridico (inglese-italiano)*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 812 e ivi la menzione della proposta avanzata nel 1967 di soppressione dell'istituto.

<sup>6</sup> G. Negri, *Impeachment*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 239 ss.; L. Carlassare, *Nixon, Agnew e l'impeachment*, in «Diritto e società», 1973, pp. 1033 ss.; Ead., *Responsabilità penale dell'esecutivo e forma di governo. L'impeachment negli Stati Uniti*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1970, pp. 442 ss.; A. Malaschini, «Rimozione dalla carica» e natura della messa in stato d'accusa negli Stati Uniti: le origini dell'istituto, in «Giurisprudenza costituzionale», 1979, vol. dedicato al *Processo Lockbeed*, pp. 433 ss.

<sup>7</sup> F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno. III: Dall'art. 24 all'art. 47*, Torino, Utet, 1909, pp. 300 ss., e V. Teixeira de Mattos, *Accusa parlamentare e responsabilità ministeriale*, Milano, Vallardi, 1908, con indicazioni dottrinali e comparative.

potenze dell'Alta Corte, quale giudice dei più alti crimini contro lo Stato, non fu mai esercitata, nemmeno nei confronti dell'attentatore alla vita del re Umberto I; la seconda fu messa in moto tre volte al volgere del secolo (contro Giolitti nel 1895, Crispi nel 1897 e Nasi nel 1907), quando ormai le condizioni della vita politico-costituzionale in Italia erano profondamente mutate rispetto al quadro delineato astrattamente nello Statuto<sup>8</sup>. Il regime dualistico della «monarchia costituzionale», basato sulla separazione tra il blocco re-governo e la rappresentanza elettiva, era stato soppiantato convenzionalmente da uno schema di tipo parlamentare, basato sul rapporto di fiducia. La giustizia politica di allora assunse motivi che ritroviamo anche oggi, nel sistema organizzato dalla vigente Costituzione, non essendo più apparsa attuale, già a quel tempo, la concezione dell'accusa e del giudizio parlamentare come strumento di difesa contro temute involuzioni assolutistiche della forma di governo. La giurisdizione dell'Alta Corte venne percepita come una giurisdizione speciale, di cui si trattava di rinvenire la giustificazione, fuori di quella originaria.

La Costituzione, nella sua formulazione originaria, si è discostata dal modello statutario di giustizia politica su punti importanti: il Senato, divenuto organo politicamente analogo alla Camera dei deputati, non poteva più utilizzarsi come giudice dell'accusa e fu sostituito dalla Corte costituzionale, con la significativa aggiunta di sedici giudici aggregati; il promovimento dell'accusa fu attribuito al Parlamento a Camere riunite, quale solenne «gran giurì» nazionale. Cadde la competenza generale per i reati contro la sicurezza dello Stato (la competenza *ratione materiae*), assorbita nella giurisdizione penale ordinaria, mentre la competenza a giudicare i ministri (originariamente concepita come giurisdizione *ratione personarum*) fu ristretta ai casi di reati commessi nell'esercizio delle funzioni ministeriali. A ciò si aggiunse la speciale giurisdizione sui reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione del presidente della Repubblica, capo dello Stato non più sacro e inviolabile, come invece era il re in regime monarchico.

Almeno per i ministri, la giurisdizione penale costituzionale non aveva più a che vedere con il rapporto politico tra Parlamento e governo, secondo la valenza originaria dell'istituto. Considerazioni in parte diverse potrebbero valere circa la responsabilità del presidente della Repubblica, il quale non è legato al Parlamento da alcun nesso di fiducia<sup>9</sup>. Sembra ipotizzabile, infatti, un possibile uso dell'accusa non molto dissimile da quello originario e tuttora rintracciabile nella versione statu-

<sup>8</sup> Si veda la nota bibliografica di V. Messerini, in *Magistratura, potere politico, giustizia politica*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 1974, pp. 95 ss.; L. Carlassare, *Reato ministeriale e funzione del parlamento nel procedimento d'accusa*, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockbeed*, cit., pp. 261 ss.; R. Moretti, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino e R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. XXIX, Bologna-Roma, Zanichelli, 1983, pp. 537 ss., nonché la ricostruzione storico-politica di R. Ferrari Zumbini, *L'«incidente» Nasi. Cronaca di una vicenda politica dell'Italia d'altri tempi (1903-1908)*, Padova, Cedam, 1983, che è un commento all'unico caso in cui si pervenne, in epoca statutaria, a una pronuncia di condanna.

<sup>9</sup> Sottolinea questo punto S. Ortino, *La responsabilità costituzionale del presidente della Repubblica*, in «Rivista italiana di scienze giuridiche», 1973, pp. 66 s.

nitense, cioè come strumento per rimuovere dalla carica, o per indurre alle dimissioni, personaggi divenuti invisibili alla nazione, colmando così le divaricazioni più gravi che si possano avere tra la base e il vertice dell'organizzazione costituzionale. Le formule dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione, generiche come sono, possono piegarsi a un uso di tal tipo (le vicende delle dimissioni del presidente della Repubblica Giovanni Leone, nel giugno del 1978, potrebbero portare argomenti a favore di questa ipotesi, in quanto si ipotizzò una sua implicazione nello «scandalo Lockheed», per il quale furono condannati alcuni ministri e altri coimputati).

La sottrazione alla giurisdizione comune dei «reati di Stato» deriva oggi dall'esigenza di equilibrio tra i poteri, equilibrio che potrebbe essere alterato da un sindacato penale, svolto dall'autorità giudiziaria ordinaria. È qui in gioco l'indipendenza del potere politico rispetto a indebite ingerenze suscettibili di compromettere la reciproca parità e la necessaria distinzione tra i poteri dello Stato (sent. n. 13 del 1977). È vero che la giurisdizione penale è su comportamenti di persone fisiche, prima e indipendentemente dalla validità degli atti giuridici da queste compiuti come organi dello Stato<sup>10</sup>, ma non è men vero che il sindacato sulle prime può comportare interferenze sulla necessaria indipendenza dei secondi, ciò che attribuirebbe alla giurisdizione ordinaria un potere in eccesso, in contrasto con le esigenze di bilanciamento costituzionale.

La ragione del conferimento della competenza in esame alla giurisdizione penale costituzionale, poi, sta nei caratteri, soggettivi e oggettivi, delle questioni da decidere. È fuori discussione che, per i «processi di Stato», le comuni competenze e forme giurisdizionali apparirebbero inadeguate, non sufficientemente autorevoli, esposte alle pressioni di parte e alla delegittimazione delle forze politiche interessate. Le sedi naturali di trattazione di questa materia devono essere dotate del massimo di autorità istituzionale, per svolgere valutazioni non solo strettamente giuridiche, ma altresì politico-costituzionali. La giustizia penale costituzionale è chiamata a una funzione di «ampia e oggettiva garanzia dell'ordinamento costituzionale» (sent. n. 125 del 1977).

Si è discusso se la particolare responsabilità penale costituzionale costituisca davvero una simile «ampia e oggettiva» garanzia istituzionale, oppure un privilegio odioso per coloro che ne sono assoggettati, come poteva ritenersi in regime costituzionale dualista, quando l'*impeachment* poteva essere mosso da un intento politico persecutorio; oppure, invece, se sia un privilegio a favore di uomini pubblici corrotti e uno strumento di protezione degli esponenti della maggioranza politica, contro le insidie della giurisdizione comune, come è facile che avvenga in sistemi, come il nostro, in cui l'accusa è promossa attraverso procedimenti politico-parlamentari<sup>11</sup>. La risposta non si trova nella Costituzione e nelle leggi di attuazione, ma nell'uso fattone. La pratica, non la teoria, è decisiva. E, nella pratica, la risposta, in Italia, è stata che si sia trattato d'un privilegio a favore di un

<sup>10</sup> Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., pp. 1013 e 1028 s.

<sup>11</sup> Su questi problemi, per tutti, P.G. Grasso, *La commissione inquirente nel procedimento di accusa parlamentare per i reati commessi dai ministri - Profili di diritto costituzionale*, in «Giustizia penale», I, 1978, pp. 407 ss. e ivi numerosi riferimenti (e in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1978, pp. 2 ss.).

ceto politico inamovibile che mirava alla propria impunità, di fronte agli scandali che segnavano la vita pubblica. La soppressione del foro penale costituzionale per i reati ministeriali e la loro riconduzione nella giurisdizione ordinaria, avvenute con la legge cost. n. 1 del 1989, si spiegano con la pressione esercitata sul mondo politico da un'opinione pubblica che la prassi dei cosiddetti «insabbiamenti» aveva orientato in senso contrario all'esistenza di tale «foro speciale».

### 3. La riforma del 1989

La competenza penale della Corte costituzionale ha dato prova di sé una sola volta, nel «processo Lockheed», celebrato dal marzo del 1976 (inizio dell'istruttoria presso la Commissione parlamentare) al marzo del 1979 (lettura della sentenza). Fu considerata, nell'insieme, una cattiva prova. Non solo si alimentarono sospetti di parzialità politica, ma si constatò che il sistema stesso della responsabilità ministeriale, così come delineato nella Costituzione, presentava intrinseci difetti che intaccavano la stessa esistenza in vita della Corte costituzionale. All'indomani della lettura della sentenza, si scrisse che «un secondo processo Lockheed sarebbe [stato] la tomba della Corte costituzionale come giudice di legittimità. Urge una riforma radicale: la cosa, benché non facile, è inderogabile»<sup>12</sup>. Questo giudizio, condiviso in sede politica<sup>13</sup> e scientifica, fu fatto proprio anche dalla stessa Corte costituzionale<sup>14</sup>, trascinata in una vicenda che inevitabilmente ne aveva intaccata l'immagine d'organo al di sopra delle faide di partito e l'aveva paralizzata per lungo tempo nell'esercizio delle sue funzioni abituali, con il conseguente accumulo di un «arretrato» che avrebbe finito per pesare sulla sua efficienza negli anni successivi. L'impulso decisivo alla riforma venne infine dal referendum che, a larghissima maggioranza e con notevole partecipazione al voto, portò all'abrogazione della legge n. 170 del 1978, contenente la disciplina della fase parlamentare d'accusa, un referendum che assunse il valore di una ribellione dell'opinione pubblica nei confronti di un istituto considerato inefficace, partigiano e, nella realtà, destinato più alla copertura degli scandali di regime che alla loro punizione. La riforma consistette, come detto all'inizio, nell'abolizione del foro penale costituzionale per i reati dei ministri e il trasferimento della competenza a conoscerne alla giurisdizione ordinaria (il Tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'appello competente per territorio), sia pure in un procedimento segnato da alcune caratteristiche particolari: un collegio istruttorio composto di magistrati estratti a sorte e l'autorizzazione a procedere delle Camere, che può essere negata soltanto, a maggioranza assoluta, in caso di «onesta violazione della legge»<sup>15</sup>, cioè quando si

<sup>12</sup> G. Conso, in «La Stampa», 2 marzo 1979.

<sup>13</sup> Basti rammentare, per tutti, l'intervento di A. Moro, *Giudici ordinari o giudici politici?*, in «Il Giorno», 27 febbraio 1977.

<sup>14</sup> L. Elia, *Conferenza stampa 1981*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1982, p. 502.

<sup>15</sup> Espressione di G. Miglio, *Le immunità degli uomini politici. La giustizia per i ministri e la vera «ragion di Stato»*, in Id., *Il nerbo e le briglie del potere*, Milano, Edizioni del Sole 24 Ore, 1988, pp. 361 ss.

sia ritenuto che l'inquisito abbia agito «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo».

Un bilancio degli effetti della riforma non è stato fatto finora. Si può dire, però, che il nuovo sistema ha alimentato una certa conflittualità tra le Camere e la magistratura ordinaria circa la qualificazione dei reati come «ministeriali», qualificazione dalla quale non solo deriva l'attivazione del sistema che fa capo al «Tribunale dei ministri», ma soprattutto mette in gioco il potere delle prime di negare «insindacabilmente» l'autorizzazione a procedere e vanificare così le iniziative giudiziarie riguardanti il presidente del Consiglio e i ministri (sent. nn. 403 del 1994; 241 del 2009; 87 del 2012). Che le nuove norme abbiano poi avuto effetti di maggior rigore nel perseguimento degli illeciti degli uomini di governo, non si potrebbe dire credibilmente. L'unica conseguenza certamente positiva è stata la messa in sicurezza della Corte costituzionale rispetto al rischio di nuove celebrazioni di giudizi penali non consoni alla sua natura di organo di controllo costituzionale su atti e non di giudice dell'illiceità di comportamenti<sup>16</sup>, nuovi giudizi che ne avrebbero compromesso, un'altra volta, la funzionalità.

Più in generale, però, non vi è stata, dal tempo della riforma a oggi, la dimostrazione di un uso saggio, da parte delle Camere, del potere d'autorizzazione e dell'idoneità degli organi della giurisdizione ordinaria a reggere processi aventi un'ineliminabile incidenza politica e a pronunciare sentenze capaci di assumere la forza del giudicato, cioè a dire parole definitive, definitivamente accettate senza strascichi, di fronte all'opinione pubblica e alle forze politiche. Il dubbio su questo punto è stato, storicamente, una delle ragioni fondamentali a favore di una giurisdizione penale costituzionale separata da quella comune. Che la magistratura italiana sia in grado di affrontare, mantenendo la sua indipendenza, un compito che l'esponebbe alle pressioni del più vario tipo provenienti dal mondo politico-partitico e, soprattutto, che le sue pronunce possano oggi assurgere a parola di superiore e imparziale pacificazione, è tuttavia una scommessa che difficilmente potrebbe farsi senza timore.

Queste sommarie considerazioni generali sollevano un dubbio, che la pratica successiva alla riforma non ha certo dissipato, sull'opera di riforma intrapresa dal legislatore costituzionale<sup>17</sup>. Esse rafforzano, per converso, le ragioni di fondo alle quali a suo tempo si ispirò il Costituente nel sottrarre queste controversie alla giurisdizione comune, per attribuirle alla Corte costituzionale. Gli istituti della giustizia politica hanno una loro ragione d'essere profonda e oggettiva<sup>18</sup> che ha resistito alle trasformazioni delle forme di governo e che non si lascia spazzar via facilmente e senza potenziali pericoli, pur in presenza di disfunzioni evidenti nel funzionamento dei sistemi escogitati<sup>19</sup>. La riforma del 1989 della «giustizia politica», in breve, si ascrive a quella tendenza che ha avuto modo di manifestarsi in presenza di abusi, con riguardo ad altre norme costituzionali (artt. 68 e 79 per esempio): invece di correggere le prassi, si cambiano le norme, senza considerare

<sup>16</sup> Cfr. L. Elia, *Per una giustizia sempre meno politica (La Corte costituzionale e i giudizi di accusa)*, in «Civitas», 1988, pp. 7 ss.

<sup>17</sup> Osservazioni di questo tipo in G. Vassalli, *I reati ministeriali tra interpretazione e riforma*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1982, pp. 779 ss.

<sup>18</sup> Cfr. F. Delpérée e M. Verdussen (a cura di), *La responsabilité pénale des ministres fédéraux, communautaires et régionaux*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

<sup>19</sup> Cfr. Moretti, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 512 s.



che i cattivi costumi si dovrebbero correggere con buoni costumi e che, se essi restano quelli che erano, si trasferiscono nell'applicazione delle nuove norme, corrompendo anche queste, nei modi che sempre trovano per manifestarsi nelle pieghe della legge.

#### 4. Le ipotesi di responsabilità penale costituzionale del presidente della Repubblica

Nei regimi monarchici dualistici (o «costituzionali»), l'irresponsabilità del re era assoluta, in conseguenza del principio «il re non può far male». All'irresponsabilità regia suppliva la responsabilità dei ministri.

Del principio della totale irresponsabilità regia – sia come organo dello Stato che come persona fisica (distinzione che ebbe una sua rilevanza giuridica solo con lo sviluppo di dottrine organicistiche, nel corso del Settecento)<sup>20</sup> – era espressione l'art. 4 dello Statuto albertino, secondo il quale la persona del re era «sacra e inviolabile». Anche nell'evoluzione dei regimi costituzionali in forme parlamentari, l'irresponsabilità del capo dello Stato monarchico restò ferma, estremo omaggio alla legittimazione trascendente del suo potere: legittimazione che però, in un contesto ormai dominato da opposti principi, richiedeva, per converso, l'estraneità del re alle decisioni politiche.

Nel vigente regime costituzionale, la posizione di irresponsabilità del capo dello Stato è stata attenuata significativamente ma non interamente superata<sup>21</sup>. Anzi, l'art. 90 della Costituzione la ribadisce: «il presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni», ma contemporaneamente la circoscrive prevedendo le ipotesi eccezionali dell'*alto tradimento* e dell'*attentato alla Costituzione*, nelle quali opera la responsabilità di fronte alla Corte costituzionale.

Per quel che riguarda il significato generale dell'art. 90, è eccessivo scorgervi, come principio, il superamento dell'irresponsabilità, per dedurre un possibile ruolo politicamente attivo del presidente della Repubblica, alla stessa stregua degli ordinari soggetti dell'indirizzo politico (in base all'idea – peraltro contestata<sup>22</sup> – della reciproca implicazione di potere politico e responsabilità: dove c'è responsabilità, lì c'è politica). L'art. 90, infatti, ribadisce il principio tradizionale come regola, ammettendone solo eccezioni in ipotesi liminari che hanno a che fare con la violazione dei fondamentali doveri presidenziali (tra i quali, certamente, c'è quello della sua imparzialità, cioè impoliticità, rispetto agli svolgimenti dei contingenti indirizzi politici nell'ambito della Costituzione).

Il primo aspetto da sottolineare nella formula dell'art. 90 è l'implicita distinzione tra l'attività compiuta dal presidente nell'esercizio delle sue

<sup>20</sup> R. Koselleck, *Mutamento linguistico e mutamento sociale sul finire dell'ancien Régime*, in «Intersezioni», 1981, n. 3, pp. 601 ss.

<sup>21</sup> A. Sperti, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, Giappichelli, 2010.

<sup>22</sup> G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1951, pp. 919 ss.

funzioni e l'attività estranea a esse. Per quest'ultima, la responsabilità giuridica, nelle sue diverse manifestazioni, deve valere pienamente. Dall'interpretazione testuale dell'art. 90 discende questa tripartizione di situazioni: per gli atti illeciti che configurano l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione (per i quali non si pone, evidentemente, la distinzione tra atti compiuti nell'esercizio e fuori dell'esercizio delle funzioni), responsabilità di fronte alla Corte costituzionale; per gli atti illeciti compiuti nell'esercizio delle funzioni, che non configurano l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione, irresponsabilità; per gli atti compiuti fuori dell'esercizio delle funzioni, cioè come privato cittadino, responsabilità di diritto comune.

Questa ultima ipotesi si ricava dal silenzio della Costituzione. La conseguenza è paradossale, potendo il presidente della Repubblica essere sottoposto a indagini, processo, condanna, mentre nei confronti di altri soggetti costituzionali – i membri del Parlamento, *ex art. 68* della Costituzione – valgono garanzie che li proteggono da iniziative giudiziarie anche per atti che nulla hanno a che vedere con le loro funzioni. Come se le esigenze di protezione del presidente della Repubblica fossero meno pressanti. Una soluzione possibile è quella cui si attenne la procura della Repubblica di Roma, nel novembre del 1993, procedendo allo «stralcio» della posizione del presidente da quella di altri indagati, in base a un'implicita causa d'improcedibilità nei suoi confronti, destinata a durare fino al termine del suo mandato<sup>23</sup>. L'Assemblea costituente, peraltro, non ritenne di dover disciplinare questa ipotesi che fu considerata irrealistica e perfino oltraggiosa: un presidente della Repubblica che incorra in un procedimento penale per reati comuni. Tuttavia, l'assenza di regolamentazione rappresenta un'evidente lacuna che, al fine di evitare situazioni incresciose, a molti sembra richiedere una specifica regolamentazione costituzionale<sup>24</sup>.

## 5. I reati presidenziali

Sul modo di intendere le due fattispecie di illecito presidenziale esistono, principalmente, due orientamenti.

Il primo, detto «penalistico», intende le formule costituzionali come rinvio a fattispecie corrispondenti definite dalla legge penale<sup>25</sup>. La formula

<sup>23</sup> Sull'episodio e sulla soluzione adottata (analoga a quella introdotta nella Costituzione francese nel 2007), cfr. Sperti, *La responsabilità del Presidente della Repubblica*, cit., p. 110.

<sup>24</sup> In argomento L. Carlassare, *Il Presidente della Repubblica*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1983, pp. 149 ss.; L. Paladin, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 170 s. e, da ultimo, sul «consapevole silenzio» della Costituzione, A. Pace, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del governo in Italia*, in G. Fumu e M. Volpi, *Le immunità penali della politica*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 21 ss.

<sup>25</sup> G. Bettiol, *Diritto penale*, XII ed., Padova, Cedam, 1982, p. 178; P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1954, p. 225; G. Ragno, *I delitti di alto tradimento e attentato alla costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 4 ss.; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, Cedam, 1982, p. 67; e G. Azzali, *Lineamenti del giudizio d'accusa*, in «Indice penale», 1977, pp. 180 s.

«alto tradimento» è menzionata nell'intitolazione dell'art. 77 cod. pen. mil. di pace, in riferimento a una serie di delitti contro la personalità dello Stato. Ma è comunque difficile ritenere l'applicabilità di quella disposizione, dettata con riguardo al fatto commesso dal militare, non invece in considerazione della posizione costituzionale del presidente della Repubblica. Il solo dato della coincidenza terminologica è troppo labile perché si possa giustificare l'estensione della portata di questa norma ordinaria in modo da modellare su di essa l'art. 90 della Costituzione. Il codice penale (art. 283) prevede, invece, come specifica figura di reato, l'attentato contro la Costituzione dello Stato, consistente nel fatto diretto a mutare la Costituzione o la forma di governo con mezzi non consentiti dall'ordinamento. Anche a questa norma, pur non dubitandosi che l'ipotesi in essa prevista costituisca un caso di attentato alla Costituzione a norma dell'art. 90 della Costituzione, si nega, però, l'idoneità a esaurire la fattispecie costituzionale, ritenuta di solito di più ampia e generale portata. Considerata l'insufficienza delle fattispecie poste dalla legislazione esistente, i sostenitori della tesi «penalistica» si orientano a richiedere l'emanazione di una specifica legge di attuazione dell'art. 90 della Costituzione, anche se, invero significativamente, l'art. 90 stesso non contiene affatto un rinvio alla legge, dimostrando così di voler valere come norma autosufficiente.

L'impostazione ora esposta si fonda sul dichiarato intento di far salvo, anche in questo specifico caso, il principio di stretta legalità in diritto penale (art. 25, secondo comma, Cost.). Intento apprezzabile in sé, ma che va incontro, nel caso di specie, all'obiezione circa la necessaria indeterminazione delle ipotesi di responsabilità al massimo livello costituzionale. Qui si affaccia, contro la «tesi penalistica», la «tesi costituzionalista» la cui paternità è ascrivibile a Benjamin Constant<sup>26</sup>. La fluidità dei giudizi di valore sui comportamenti al vertice dell'ordinamento costituzionale è, d'altra parte, la causa profonda del particolare tipo di organi procedenti e decidenti che, per tradizione consolidata, si fanno intervenire nell'accusa e nel giudizio sui reati del tipo di quelli in questione, reati essenzialmente diversi, quanto a natura e struttura, da quelli comuni. Se fossero «comuni», varrebbe la giurisdizione comune. Ferma questa constatazione, non si può nemmeno esagerare il carattere indeterminato delle fattispecie indicate per sintesi dalla Costituzione. Esse non sono sprovviste di contenuto e non aprono la strada a libere concretizzazioni della responsabilità presidenziale da parte del Parlamento, in sede di accusa, e da parte della Corte costituzionale,

<sup>26</sup> B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles, Typ. belge, 1851, vol. II, pp. 55 ss. (su cui P. Desmottes, *De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français*, Paris, L.G.D.J., 1968, pp. 23 ss.) e, sulle sue orme, Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., pp. 1016 s.; G. Lombardi, *Note in tema di giustizia penale costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1979, pp. 35 ss.; e G. Montalbano, *I reati di competenza della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di G. Zanobini. III: Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 396 (e in «Rivista penale», I, 1965, p. 533). Di Constant sono le affermazioni che la legge sulla responsabilità dei ministri non può essere né dettagliata né precisa, poiché altrimenti si cadrebbe necessariamente nella giurisdizione penale comune; che tale legge è inevitabilmente una «legge politica», la cui applicazione contiene un necessario momento di discrezionalità e che se in ciò si vuol vedere la possibilità di arbitrio, «cet arbitraire est dans le sens de la chose même».

in sede di giudizio. A ritenere il contrario, diventerebbe impossibile configurare il giudizio sull'accusa in termini giurisdizionali e diventerebbe necessario concludere che il presidente della Repubblica è politicamente responsabile (e non irresponsabile) e che questa responsabilità politica è contraddittoriamente e ipocritamente rivestita di forme giurisdizionali. Tutte conseguenze che contrastano con l'intenzione del Costituente e con le caratteristiche generali di un procedimento che, per quanto connotato politicamente in vari suoi momenti, resta fondamentalmente un giudizio, come tale vincolato al diritto (costituzionale) vigente.

I contenuti delle formule costituzionali dell'«alto tradimento» e dell'«attentato alla Costituzione» si prestano a essere precisati interpretativamente, facendo leva sulla posizione costituzionale del presidente e sui doveri che da essa derivano. In tal modo, può sostenersi che le fattispecie criminose sono indicate dallo stesso art. 90 della Costituzione, senza necessità d'integrazione a opera del legislatore ordinario: integrazione-determinazione, del resto, che apparirebbe essa stessa di dubbia costituzionalità, non spettando sicuramente al legislatore ordinario di certificare in una sorta d'interpretazione autentica la posizione costituzionale del presidente della Repubblica. La formula dell'art. 90 della Costituzione, si potrebbe dire conclusivamente, delinea ipotesi non assolutamente indeterminate, ma indicate per sintesi e in relazione alla posizione del presidente nel vigente assetto costituzionale<sup>27</sup>; la norma che pone, si potrebbe anche dire<sup>28</sup>, è «norma penale sostanziale di principio», fonte della responsabilità presidenziale in stretta relazione con la posizione che a questo organo spetta nel sistema. Con tutto ciò, non si può tuttavia negare l'esistenza di una rilevante indeterminatezza, peraltro necessaria e voluta, la quale postula un compito, se non di libera creazione, certo di concretizzazione da parte degli organi che intervengono, prima, nel procedimento di accusa e, poi, nel giudizio. Tale concretizzazione è impossibile in astratto e preventivamente, ma possibile e necessaria nel caso concreto. Sotto la pressione dei fatti, si affermano le concezioni dei doveri presidenziali, di cui la Costituzione indica un concetto sommario, e tali concezioni trovano la loro verifica attraverso e nel processo previsto *ad hoc*, rivolto non solo alla ricostruzione dei fatti (per il loro raffronto con o per la loro sussunzione nella norma), ma anche alla stessa determinazione dei criteri

<sup>27</sup> In questo senso E. Lignola, *Note in tema di responsabilità del presidente della Repubblica*, in «Rassegna di diritto pubblico», 1961, pp. 405 ss.; G. Di Raimo, *I reati ministeriali e i delitti presidenziali*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente. VI: Autonomie e garanzie costituzionali*, Firenze, Vallecchi, 1969, pp. 246 ss.; S. Antonelli, *Le immunità del Presidente della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 1971, cap. V. Nello stesso senso, valorizzando il significato del giuramento presidenziale (art. 91 Cost.), come assunzione di responsabilità, G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 207 ss. In generale, per un confronto delle diverse tesi sostenute in proposito, G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 1120 ss.

<sup>28</sup> G. Riccio, *Il processo penale davanti alla Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 1955, pp. 77 ss., il quale, peraltro, sostiene la necessità dell'intervento del legislatore, a specificazione dei precetti costituzionali. Al riguardo, F. Chiarotti, *La giurisdizione penale della Corte costituzionale*, in «Rivista di procedura penale», 1957, pp. 875 ss.

di valutazione, in costante dipendenza con la concezione costituzionale della figura del presidente<sup>29</sup>.

Non è possibile scendere in maggiori dettagli, in una sede astratta, tenuto conto altresì della significativa circostanza che la posizione costituzionale del presidente della Repubblica è al centro di un dibattito mai sopito, alimentato da prassi interpretative della Costituzione tutt'altro che univoche. L'unica indicazione possibile è quella che sottolinea la funzione del presidente come capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale, da un lato, e come garante della Costituzione, dall'altro, secondo anche il senso della formula del giuramento previsto nell'art. 90 della Costituzione; formula che ha direttamente a che fare con la definizione della responsabilità presidenziale. Ma, più in là di ciò che essa immediatamente suggerisce, non pare possibile spingersi.

L'art. 90 della Costituzione testualmente non dice di qual tipo sia la responsabilità in cui incorre il presidente nelle due ipotesi previste. Tuttavia è diffusa l'idea che questa sia una responsabilità penale. A questa convinzione, avallata dalla legge cost. n. 1 del 1953 (in particolare nell'art. 15, ove si comminano le sanzioni), si è addivenuti sia per reminiscenze storiche dall'*impeachment* di tradizione britannica, sia soprattutto per aver voluto in ogni caso escludere una responsabilità di tipo politico del presidente nei confronti dei soggetti da cui dipende la sua elezione e la sua messa in stato d'accusa (pur se, come si è detto, in casi-limite, il confine tra responsabilità penale e politica può apparire incerto, in conseguenza dei caratteri non completamente definiti delle due ipotesi di responsabilità previste dall'art. 90 della Costituzione).

Questo modo di vedere è stato sottoposto a revisione al fine di configurare una terza forma di responsabilità: né propriamente politica né penale, bensì «costituzionale», nella quale incorrerebbe il presidente nei casi in cui le sue attività, pur senza integrare l'ipotesi penalistica, determinassero modificazioni rispetto all'assetto della forma di governo, consolidato in consuetudini e convenzioni. La sanzione non sarebbe allora di natura penale, bensì politico-costituzionale, e consisterebbe (soltanto) nella rimozione dalla carica<sup>30</sup>. Questa tesi è certamente degna di considerazione, ma più che per la forza delle argomentazioni di diritto positivo su cui si fonda (i testi normativi paiono anzi contraddirla), per l'ipotesi istituzionale che ne sta alla base. Secondo il sistema vigente, gli atti del presidente in contrasto con la Costituzione che non realizzino gli estremi dell'attentato,

<sup>29</sup> U. Dinacci, *Reati ministeriali, azione penale costituzionale e giurisdizione della Corte costituzionale*, in «Giustizia penale», III, 1976, p. 444, usa l'espressione penalistica *reato a forma libera*. L'impostazione del testo sembra però preferibile, poiché nella formula dell'art. 90 della Costituzione ciò che è da determinare in concreto è, prima di tutto, il bene giuridico protetto e non le diverse forme di estrinsecazione dell'attività criminosa lesiva del bene medesimo.

<sup>30</sup> Ortino, *La responsabilità costituzionale*, cit. Questa tesi si trova anticipata, nella sostanza, in S. Bartholini, *La promulgazione*, Milano Giuffrè, 1955, pp. 401 s., e Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., p. 1028, ed è ripresa da E. Cheli, *Tendenze evolutive nel ruolo e nei poteri del Capo dello Stato*, in Aa.Vv., *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 105 ss. Per una critica ampiamente argomentata, si veda Carlassare, *Art. 90*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, cit., pp. 176 ss., nonché lo spunto di Di Raimo, *I reati ministeriali e i delitti presidenziali*, cit., p. 267.

sono sottoponibili al controllo della Corte costituzionale in sede di giudizio su conflitto di attribuzioni, proposto dagli organi che ne possano essere lesi. Perciò non è facile immaginare ipotesi di responsabilità non penale (e non politica) le quali non assumano già una loro rilevanza nel sistema di giustizia costituzionale. Questa proposta d'interpretazione dell'art. 90 della Costituzione determinerebbe così una modifica nel senso dell'assorbimento nell'orbita della messa in stato di accusa e quindi nell'orbita parlamentare, di casi che ricadono attualmente nella sfera dei conflitti. Perciò, la proposta di politica costituzionale che sottostà alla tesi ricordata tende alla valorizzazione del ruolo del Parlamento e delle forze politiche che in esso si esprimono (i partiti) nella guida delle tacite modificazioni della forma di governo, per ciò che riguarda il punto centrale del ruolo presidenziale (ciò che avverrebbe, inoltre, a scapito della Corte costituzionale nella sua composizione ristretta, competente nei giudizi su conflitto e non su accusa). Ma questa stessa tesi, rendendo più flessibile e meno dirompente l'uso dell'accusa parlamentare, potrebbe ingenerare una forma di dipendenza politica del presidente dalle forze della maggioranza parlamentare; cioè una sorta di responsabilità. Ciò potrebbe contribuire ad arginare il rischio di un'espansione difficilmente controllabile dei poteri presidenziali, ma potrebbe però anche agire in senso opposto, legittimando o almeno consentendo comportamenti scopertamente politici, conformi agli interessi della maggioranza.

## 6. L'estensione della giurisdizione penale costituzionale per concorso e connessione

La giurisdizione penale costituzionale è limitata ai fatti di reato previsti nell'art. 90 della Costituzione, qualificati sotto il profilo soggettivo (la carica rivestita dall'autore) e oggettivo (il carattere degli atti compiuti). Trattandosi di una giurisdizione che fa eccezione a quella penale comune, la sua estensione deve intendersi in senso stretto. La domanda che si è posta, tuttavia, è se la giurisdizione penale costituzionale sia stabilita *ratione personae*, oppure *ratione materiae*. Nel primo caso, essa dovrebbe riguardare esclusivamente la persona del presidente della Repubblica; nel secondo, dovrebbe allargarsi a coloro che hanno comunque avuto una parte nell'alto tradimento e nell'attentato alla Costituzione. La questione non è marginale, poiché è chiaro che né l'uno né l'altro delitto previsto dall'art. 90 Cost. molto difficilmente potrebbe essere messo in atto solitariamente.

A favore dell'estensione della giurisdizione, si fanno valere diverse ragioni. In taluni casi si tratta di non separare situazioni unitarie, o perché il fatto oggetto di giudizio è unico (per esempio, quando si sia trattato di concorso di persone nel reato) ovvero perché – si potrebbe dire – *l'episodio criminoso* è un insieme complesso di atti che sono legati l'uno con l'altro e che quindi, per quanto si possano identificare fatti distinti e astrattamente scindibili, sono un tutt'uno dal punto di vista del «disegno criminoso» (la connessione per reati consequenziali e strumentali). Ove si realizzino queste situazioni, l'esistenza di due distinte giurisdizioni, quella penale costituzionale e quella penale comune, dalle caratteristiche strutturali e funzionali tanto diverse, chiamate a dividere l'unità delle situazioni, potrebbe dar luogo a gravi inconvenienti. Se una delle fondamentali ragioni della giustizia politica sta nei connotati dei fatti su cui si esercita,

irragionevole sarebbe la scissione di ciò che si presenta come unità: se, dal punto di vista politico-costituzionale, l'oggetto del giudizio è unico, unica sia la giurisdizione. Che poi la prevalenza debba riconoscersi non a quella comune ma a quella costituzionale è conseguenza dei caratteri della fattispecie (come del resto era già disposto, per la giurisdizione dell'Alta Corte prevista dallo Statuto albertino). D'altra parte, la duplicazione delle giurisdizioni comporterebbe il rischio della contraddizione sostanziale di giudicati. Sebbene tale rischio, invero, non sia escluso in via assoluta, in generale, dal nostro ordinamento processuale, non può sfuggire la differenza che corre fra le contraddizioni che si possono aprire nell'attività giudiziaria di *routine* e la contraddizione che potrebbe originarsi da una sentenza della Corte costituzionale che, in ipotesi e per esempio, affermasse l'esistenza di un tentativo di colpo di Stato compiuto dal presidente della Repubblica con la complicità di appartenenti alle forze armate e da una sentenza del giudice militare che prosciogliesse questi ultimi perché il fatto non sussiste.

Il problema, peraltro, non è risolto pacificamente. L'estensione della giurisdizione costituzionale tramite connessione è stata sottoposta, in quanto tale, a numerose censure di incostituzionalità, in occasione del procedimento per il cosiddetto «affare Lockheed», nel quale sono stati coinvolti a vario titolo, insieme a ministri, numerosi imputati «laici». Oltre che sul carattere tassativo della giurisdizione penale costituzionale, ci si basava su altri argomenti. L'attrazione nell'orbita della giurisdizione speciale di soggetti diversi da quelli previsti dagli artt. 90 e 96 della Costituzione avrebbe comportato la violazione del principio di unità della giurisdizione e del divieto di creazione di giudizi speciali (art. 102 Cost.), del principio del giudice naturale (art. 25) e del diritto di difesa (art. 24), del principio di indipendenza dei giudici speciali (art. 108), del diritto al doppio grado di giurisdizione e all'impugnazione in Cassazione della decisione (art. 111), nonché, globalmente, la violazione del principio di eguaglianza. Queste censure, sollevate dalla Corte costituzionale integrata in qualità di giudice *a quo*<sup>31</sup>, sono state affrontate e respinte dalla Corte costituzionale nella sua composizione ordinaria, nella sentenza n. 125 del 1977<sup>32</sup>. L'argomentazione della Corte è fondata essenzialmente sul «carattere oggettivo» della giurisdizione penale costituzionale, giustificata non (solo) sulle qualità degli inquisiti, ma (soprattutto) sulla natura dei reati da giudicare: «è ragionevole che il funzionamento di tale meccanismo [la connessione] si colleghi non all'applicazione di una formula astratta, ma a una concreta scelta del giudice che valuti, caso per caso, la rispondenza o meno della riunione a esigenze processuali con riguardo a quella della sollecita definizione del giudizio» e che «ciò non si risolva in un arbitrio ma rappresenti il connotato essenziale di un potere ritenuto idoneo, se non indispensabile alla realizzazione delle esigenze predette». Da ciò discende che il processo penale costituzionale

<sup>31</sup> Ord. n. 2 del 7 maggio 1977 della Corte costituzionale, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., p. 25. Al riguardo E. Tuccari, *Questioni costituzionali nel processo Lockheed dinanzi alla Corte integrata*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1980, pp. 444 ss.

<sup>32</sup> Tale pronuncia è stata poi confermata nelle ordinanze del 3 maggio, 12 settembre, 26 ottobre 1978 e 6 febbraio 1979, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., pp. 69, 88, 90 e 94, su cui M. Chiavario, *Spunti di tematica processualistica nelle pronunce interlocutorie sull'affare Lockheed*, *ibidem*, p. 218.

ha natura non di privilegio (favorevole o odioso, a seconda dei punti di vista), ma di ampia e oggettiva garanzia dell'ordinamento costituzionale. Se si considera dunque che tale giurisdizione è fondata assai più *ratione materiae* che *ratione personae*<sup>33</sup>, si comprende come possa e debba essere attratto nella sua sfera il fatto (o meglio, l'episodio) criminoso nella sua interezza, cioè anche per la parte in cui esistono responsabilità per concorso e per connessione oggettiva. Su questa base, si comprende anche come non sarebbe possibile, senza ledere il principio di uguaglianza, scindere processualmente situazioni criminose sostanzialmente unitarie. Il principio di uguaglianza impone di trattare uniformemente situazioni oggettivamente analoghe: gli imputati «laici» possono trovarsi nella medesima situazione oggettiva del presidente della Repubblica e non si comprenderebbe perché il giudice ritenuto il solo idoneo a giudicare dei fatti commessi da questo, non lo sia più in relazione agli stessi fatti, quando in essi siano coinvolti altri soggetti<sup>34</sup>. Perciò, la riunione dei giudizi e l'attrazione nella giurisdizione costituzionale non è meramente facoltativa<sup>35</sup>.

L'attrazione dei «laici» nella giurisdizione penale costituzionale sembra dunque necessaria, una volta ricostruita «oggettivamente» tale giurisdizione. Le conseguenze che ne derivano circa la natura «politica» del giudizio al quale essi sono sottoposti (natura che peraltro non disconosce l'esigenza di indipendenza del giudice) – l'assenza del doppio grado di giurisdizione e l'impugnabilità della decisione per cassazione, le particolarità di esercizio del diritto di difesa (comunque garantito) – sono mere conseguenze necessarie di tale premessa, fondata costituzionalmente<sup>36</sup>.

La legge ha determinato i confini entro i quali si può ragionevolmente parlare di unitarietà del fatto criminoso, di *eadem res* dal punto di vista politico-

<sup>33</sup> Così, tra i primi, F. Chiarotti, *La giurisdizione penale della Corte costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1957, p. 860.

<sup>34</sup> In questo senso, Mortati, *Istituzioni*, cit., vol. II, p. 1467, e V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, Cedam, 1984, pp. 466 s., ove si sottolinea che la posizione dei «laici», ove ricadesse nell'ambito della giurisdizione comune, incontrerebbe anche degli svantaggi, a fianco di vantaggi. Il che è come dire che questa prospettiva (dei vantaggi e degli svantaggi) è priva di sbocchi, dovendosi ragionare invece in termini di idoneità oggettiva della giurisdizione rispetto al suo scopo.

<sup>35</sup> G. Conso, *Reati ministeriali e problemi processuali*, in «Indice penale», 1974, p. 322.

<sup>36</sup> Sull'argomento, M. Chiavario, *Giudizi di accusa e connessione: le esigenze di garanzia non sono a senso unico*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1977, pp. 1131 ss.; Id., *Procedimento di accusa come processo accusatorio?*, *ibidem*, p. 388; R. Romboli, *Processo penale costituzionale e connessione di giudizi*, in «Foro italiano», V, 1974, pp. 324 ss.; S. Sicardi, *La legittimità della connessione nel processo penale costituzionale*, in «Giurisprudenza italiana», I, 1978, pp. 942 ss.; C. Taormina, *Procedimenti e giudizi d'accusa*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 450 ss. e in part. pp. 477 ss. (ove, sulla base del precedente scritto dello stesso autore, *L'istituto della connessione nel processo penale costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1976, pp. 111 ss., si sosteneva, con riguardo al sistema pre-riforma costituzionale, la tesi restrittiva che la connessione avrebbe potuto legittimamente operare solo rispetto a reati che comunque rientrino di per sé nella giurisdizione penale costituzionale, cioè a reati presidenziali e ministeriali, dandosi luogo, allora, a mere riunioni di procedimenti senza alterazione dell'ordine delle giurisdizioni: tesi che, nel nuovo contesto, porterebbe al risultato zero); G. Tortolano, *Connessione tra imputati «apolitici» e imputati «laici» nel processo penale costituzionale*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 1982, pp. 67 ss.



costituzionale. Vi sono state, in passato, oscillazioni tra visioni più ampie e altre meno ampie delle situazioni di connessione. Oggi, l'art. 12, terzo comma, della legge cost. n. 1 del 1953 (nella versione modificata dalla l. cost. n. 1 del 1989) stabilisce che la giurisdizione penale costituzionale vale anche, *necessariamente*, per le «*ipotesi di concorso* del presidente del Consiglio dei ministri, di ministri nonché di altri soggetti nei reati previsti dall'art. 90 Cost.». L'art. 27 della legge n. 20 del 1962 (modificato dalla l. n. 219 del 1989), dopo aver stabilito che la Corte «può conoscere soltanto i reati compresi nell'atto d'accusa», aggiunge la *facoltà* («se la Corte lo ritiene necessario») di conoscere per connessione i reati aggravati (a norma dell'art. 61, n. 2, cod. pen.) essendo stati commessi per eseguire o occultare reati del presidente, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto, il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un reato del presidente. Se, per tali reati, sono pendenti altri giudizi, la Corte richiede la trasmissione degli atti all'Autorità giudiziaria precedente. Qualora poi la Corte, nel corso del suo giudizio, venga a conoscenza di altro reato connesso, rientrante fra quelli previsti dall'art. 90 della Costituzione, ma non compreso nell'atto d'accusa, ne dà comunicazione al presidente della Camera, affinché, per questo reato, si attivi la procedura parlamentare d'accusa. Fino al termine di tale procedura, il giudizio presso la Corte resta sospeso, potendosi però ordinare la separazione e procedere oltre, per il primo reato, quando ciò sia ritenuto conveniente (art. 27, terzo e quarto comma, della l. n. 20).

## 7. Il procedimento parlamentare: a) il Comitato parlamentare referente

Il procedimento penale nei confronti del presidente della Repubblica è promosso da una deliberazione parlamentare di «messa in istato di accusa», sulla base di una relazione di un Comitato formato dai componenti delle Giunte del Senato e della Camera dei deputati competenti per le autorizzazioni a procedere in base ai rispettivi Regolamenti (art. 12, primo comma, della l. cost. n. 1 del 1953). La disciplina dei compiti del suddetto Comitato è oggi contenuta negli artt. 12 della legge cost. n. 1 del 1953 e 5-12 della legge n. 219 del 1989, nonché nel *Regolamento parlamentare per i procedimenti d'accusa* (approvato in identico testo dal Senato e dalla Camera, rispettivamente, il 7 giugno e il 28 giugno 1989 [RPPA]).

Il *Comitato incaricato della relazione* ha sostituito quella che, nella disciplina anteriore (l. n. 20 del 1962), era la cosiddetta «Commissione inquirente», nome rimasto in uso anche dopo che la legge n. 170 del 1978 ne aveva marginalmente ridefinito i compiti e i poteri. La sostituzione fu dovuta all'intento di evitare ciò che più si addebitava alla disciplina allora vigente: di consentire troppo facilmente l'«insabbiamento» dei procedimenti per impedire ch'essi giungessero alla deliberazione delle Camere riunite, garantendo così una facile impunità a ministri, correi e complici. La Commissione, secondo le norme del 1962, poteva deliberare di «non doversi procedere» a maggioranza dei tre quinti e, secondo le norme del 1978, poteva disporre l'archiviazione delle denunce pervenute, quando le avesse ritenute «manifestamente infondate». La decisione era definitiva se adottata col voto favorevole dei quattro quinti dei suoi componenti. Era pur vero che la maggioranza assoluta del Parlamento, secondo la legge del 1962, o un terzo dei suoi componenti, secondo la legge del 1978, avrebbe potuto superare le deliberazioni della Commissione, chiedendone la revoca. Ma la connivenza tra forze politiche,

nei casi in cui si trattava di salvaguardare i propri membri, e la tendenza consociativa esistente tra di loro, facevano sì che, nella realtà delle cose, le pronunce della Commissione fossero definitive «assoluzioni» nei confronti degli inquisiti, tanto più che il provvedimento di archiviazione, secondo la legge del 1978, poteva avvenire non solo *prima facie*, ma anche al termine del procedimento, cioè come una vera e propria pronuncia liberatoria. La disciplina oggi vigente – ormai, si ripete, applicabile soltanto nel caso di procedimento per la messa in istato d'accusa del presidente della Repubblica, e non più del presidente del Consiglio e dei ministri – è stata adottata al fine di ricondurre l'operato della Commissione, da «decidente», qual era, a «referente», quale deve essere secondo il già citato art. 12, primo comma, della legge cost. n. 1 del 1953, che menziona una sua «relazione».

Il Comitato è «potere dello Stato», come tale idoneo a essere parte nei conflitti costituzionali. Secondo il RPPA, i suoi componenti non possono essere ricusati ma possono astenersi dal partecipare al Comitato, se vi è il consenso del presidente della Camera dei deputati. In questo caso, e in quello in cui siano impediti nel partecipare anche a una sola seduta, sono immediatamente sostituiti da deputati o senatori appartenenti al medesimo gruppo parlamentare. Inoltre, i componenti del Comitato non possono astenersi dal voto. Come si vede da queste norme, si tratta di un organo a composizione politica, il cui funzionamento, tuttavia, ubbidisce a esigenze di stabilità e di assunzione di responsabilità, proprie della giurisdizione. Dal punto di vista dei rapporti organici con il Parlamento, di cui il Comitato è emanazione politica, l'opinione dominante, enunciata anteriormente alla riforma ma con argomenti validi anche dopo<sup>37</sup>, mette in luce la netta differenziazione istituzionale e funzionale dei due organi; una cosa è il modo di composizione, un'altra lo *status* dell'organo come tale e l'autonomia del suo funzionamento: dipendente dal Parlamento il primo, del tutto indipendenti e fondati su norma costituzionale (l'art. 12 della l. cost. n. 1 del 1953) i secondi. Non esiste gerarchia, possibilità del Parlamento di influire sull'attività della commissione, né di impedire, sospendere o avocare a sé la sua attività. Nemmeno esiste la possibilità di mutarne la composizione nel tempo dei suoi lavori. La fase del procedimento in cui interviene il Comitato è distinta da quella in cui interviene il Parlamento e, oltre che distinta, anche sostanzialmente diversa: il Comitato agisce per la raccolta di elementi di prova, con un compito dunque orientato all'accertamento dei fatti; il Parlamento li valuta in termini politico-costituzionali ai fini dell'accusa. Se pure può richiedere al Comitato – come si dirà – un'integrazione della sua attività, ciò non determina l'attenuazione della sua autonomia.

a) *Poteri del Comitato*. Il Comitato procede sulla base delle *notitiae criminis* trasmesse dal presidente della Camera dei deputati, ma può procedere altresì d'ufficio, su proposta anche di un solo suo componente (artt. 5, terzo comma, della l. n. 219 e 10, secondo comma, RPPA, che danno seguito a Corte cost., sent.

<sup>37</sup> S. Antonelli, *Sulla natura giuridica dell'attività della Commissione inquirente per i procedimenti e i giudizi di accusa nei confronti del Capo dello Stato e dei ministri*, in «Studi urbinati», 1973-1974, pp. 334 ss.; P. Capotosti, *I conflitti tra Commissione parlamentare inquirente e autorità giudiziaria*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1974, pp. 3321 ss.

n. 13 del 1975, sulla considerazione che i poteri del Comitato sono modellati, dalla legge di oggi come erano dalla legge di ieri, su quelli del pubblico ministero che, per l'appunto, può procedere d'ufficio nei procedimenti ordinari<sup>38</sup>. Al fine di predisporre una relazione motivata, il Comitato procede a indagini, con i poteri dell'autorità giudiziaria nel processo penale, delegando le attività necessarie a uno o più suoi componenti (artt. 5-7 della l. n. 219 del 1989 che disciplina nel dettaglio le modalità d'uso dei poteri istruttori, gli atti urgenti, i rapporti tra il presidente del Comitato e i suoi componenti ecc.). Per evitare che le procedure durino indefinitamente, cioè per impedire «insabbiamenti», il Comitato deve terminare i propri lavori entro cinque mesi, prorogabili per non più di tre mesi in caso d'indagini particolarmente complesse.

*b) Atti d'indagine e misure cautelari.* L'art. 7 (secondo e terzo comma) della suddetta legge n. 219 stabilisce che «in ogni caso», *nei confronti del presidente della Repubblica*, i provvedimenti che dispongono intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione, o perquisizioni personali e domiciliari, nonché quelli che applicano misure cautelari, possono essere disposti solo dal Comitato e solo dopo che la Corte costituzionale abbia deciso la sospensione dalla carica. Ciò comporta che «in nessun caso» possano essere disposti dall'Autorità giudiziaria ordinaria. La diversa questione, divenuta d'attualità nel luglio del 2012, delle intercettazioni legittimamente disposte dall'Autorità giudiziaria *nei confronti di altri soggetti* sottoposti a procedimento penale, nel caso in cui loro comunicazioni siano avvenute col presidente della Repubblica («intercettazioni indirette» o «fortuite»), non ha disciplina propria e deve essere risolta secondo il codice di procedura penale. Allo stato della legislazione, cioè in assenza di innovazioni legislative o pronunce della Corte costituzionale che modifichino le regole processuali vigenti, le possibilità sono le tre seguenti: *a)* se il contenuto delle conversazioni è rilevante ai fini della responsabilità penale costituzionale del presidente, la notizia di reato deve essere trasmessa immediatamente al presidente della Camera, per l'apertura del procedimento d'accusa, secondo l'art. 5, primo comma, della legge n. 219; *b)* se si tratta di conversazioni «nell'esercizio delle funzioni», ma ininfluenti rispetto a ipotesi di reato presidenziale, il loro contenuto, irrilevante rispetto al presidente, può essere considerato rilevante rispetto alle parti del processo penale e all'esercizio del loro diritto di difesa (per esempio, se contengono elementi a carico o a discarico); in caso contrario, ascoltate le parti, si procede alla distruzione (artt. 266-270, cod. proc. pen.); *c)* se si tratta di conversazioni estranee all'esercizio delle funzioni e da esse risultino notizie di reato comune, si procede nei confronti del presidente della Repubblica nelle forme ordinarie, non essendo prevista, in tal caso, alcuna immunità o alcuna protezione processuale speciale nei suoi riguardi secondo ciò che si è detto sopra, a proposito della tipologia della responsabilità penale del presidente della Repubblica. La questione circa la sorte delle conoscenze ottenute attraverso le «intercettazioni indirette» che non hanno alcuna rilevanza rispetto a un'eventuale responsabilità costituzionale del presidente della Repubblica è stata risolta dalla Corte costituzionale in sede di giudice dei conflitti, con la sentenza n. 1 del 2013 (su cui *supra*, pp. 297-298) che ha disposto l'assoluta riservatezza dei loro contenuti e la distruzione dei materiali di registrazione.

<sup>38</sup> Al riguardo, P. Costanzo, *Prime osservazioni sul conflitto tra Commissione inquirente e autorità giudiziaria ordinaria*, in «Foro italiano», I, 1975, c. 536. Si noti che la *Relazione Cossiga* alla proposta che divenne legge n. 20 del 1962 (in «Le leggi», 1962, § 11), interpretando il silenzio della legge circa ipotesi di iniziativa d'ufficio, le negava, a evitare «che la Commissione inquirente si trasformasse in un organo inquisitorio permanente [...]», snaturando così lo scopo del procedimento d'accusa e con grave deviazione dai principi del regime parlamentare e dell'indipendenza degli organi costituzionali.

c) *Esiti possibili*. Le indagini del Comitato possono portare a queste conclusioni (art. 8 della l. n. 219 del 1989):

- che il reato di cui si è occupato sia diverso da quelli previsti dall'art. 90 della Costituzione (reato diverso dall'alto tradimento e dall'attentato alla Costituzione, o non commesso nell'esercizio delle funzioni). In tal caso, dichiara la propria incompetenza e trasmette gli atti all'Autorità giudiziaria ordinaria;

- che la notizia di reato è «manifestamente infondata». In tal caso, con ordinanza motivata, dispone l'archiviazione del procedimento;

- che il reato rientra tra quelli indicati nell'art. 90 della Costituzione e che la notizia di reato «non è manifestamente infondata». In tal caso, presenta la *relazione al Parlamento*, per le deliberazioni che spettano a quest'ultimo. Essa è composta di tre elementi: l'enunciazione dei fatti, l'indicazione delle indagini esperite e le «conclusioni» (art. 12 RPPA). La presenza di quest'ultimo elemento – le conclusioni, che sono cosa diversa dalle «relazioni» di maggioranza e di minoranza – sta a dire che non è ammesso un «finale aperto», ma che il Comitato deve necessariamente presentare una proposta al Parlamento (nulla vietando, peraltro, che vi possano essere posizioni di minoranza, di cui la relazione dà conto). Se la relazione propone la messa in istato d'accusa, le conclusioni devono riportare l'indicazione degli addebiti con le relative ipotesi di reato (ciò che costituisce il «capo d'imputazione»), nonché degli elementi di prova su cui essi sono basati. In ogni caso, il Comitato nomina uno o più relatori per sostenere la discussione dinanzi al Parlamento (art. 12, terzo comma, RPPA).

d) *Rapporti col Parlamento in seduta comune e con l'Autorità giudiziaria*. L'attività del Comitato può entrare in collisione con le competenze sia del Parlamento che dell'Autorità giudiziaria.

Quanto al Parlamento: se il Comitato ha dichiarato la propria incompetenza o ha disposto l'archiviazione, un quarto dei componenti del Parlamento può chiedere che il Comitato, entro un mese, presenti ugualmente la relazione. In ogni caso, il Parlamento, su richiesta di almeno quaranta componenti, può disporre supplementi d'indagine, che il Comitato deve compiere nel termine non superiore a tre mesi (art. 8 della l. n. 219).

Quanto all'Autorità giudiziaria: se esistono valutazioni differenti sulla competenza (cioè se si verta oppure no sull'applicazione dell'art. 90 della Costituzione), queste possono dare luogo a conflitto di attribuzioni di fronte alla Corte costituzionale. La legge n. 219 (artt. 9 e 10), tuttavia, prevede un meccanismo asimmetrico, che fa eccezione alle regole generali dei conflitti costituzionali ed è, in quanto tale – pur se modellata sui *dicta* della sentenza n. 259 del 1974 della Corte costituzionale –, di dubbia costituzionalità: gli organi della giustizia penale costituzionale (Comitato e Parlamento) possono limitarsi ad affermare la propria competenza, con obbligo dei giudici di «spogliarsi» del procedimento, quando il procedimento stesso sia avvocato dal Comitato; nel caso inverso, invece, l'Autorità giudiziaria non può limitarsi ad affermare la propria competenza, attendendo che, eventualmente, sia il Comitato a reagire di fronte alla Corte, ma deve agire essa stessa promuovendo il conflitto, senza che si verifichi nessuna «spoliazione» immediata del Comitato. In altri termini: la rivendicazione parlamentare di competenza è «esecutoria» nei confronti della magistratura; quella giudiziaria, nei confronti del Parlamento, non lo è.

## 8. b) Le Camere riunite

La messa in istato di accusa del presidente della Repubblica è deliberata dal Parlamento in seduta comune delle due Camere, a scrutinio segreto

e a maggioranza assoluta dei suoi componenti, sulla base della relazione del Comitato parlamentare. L'atto d'accusa deve contenere l'indicazione degli addebiti e delle prove su cui si fondano (artt. 90, secondo comma, Cost.; 12, primo comma, della l. cost. n. 1 del 1953; e 17 della l. n. 20 del 1962). Con questa deliberazione, il procedimento si sposta, immediatamente e senza residui poteri parlamentari, nella giurisdizione della Corte costituzionale. Perfino il potere consequenziale più ovvio, la sospensione dalla carica del presidente accusato di alto tradimento e attentato alla Costituzione, non è attribuito alle Camere riunite, come eventuale appendice del loro voto, ma è attribuito alla Corte costituzionale (art. 12, quarto comma, della l. cost. n. 1 del 1953).

Il *Regolamento parlamentare* è particolarmente rigoroso nell'intento di concentrare il dibattito parlamentare sulle conclusioni della relazione del Comitato, la quale, per così dire, determina l'ambito della materia del contendere. Naturalmente, non si tratta, per le Camere riunite, di un «prendere o lasciare». Possono limitarsi a «prendere atto» delle conclusioni del Comitato, quando esse siano nel senso dell'archiviazione e del non doversi procedere, ma i membri delle Camere, in numero di almeno quaranta, possono presentare «ordini del giorno» intesi a formulare proposte in difformità dalle conclusioni del Comitato. Quando semplicemente non si prende atto delle conclusioni del Comitato contrarie alla messa in istato d'accusa, si procede esaminando dapprima le questioni concernenti la competenza del Parlamento; poi viene in considerazione il merito da decidere, sempre aperta la possibilità di richiedere al Comitato un supplemento d'indagine. Infine, sono messe in votazione le proposte di deliberare la messa in stato d'accusa, intendendosi la loro reiezione come deliberazioni di non doversi procedere. Le votazioni hanno luogo a scrutinio segreto e non possono avvenire per parti separate (art. 18 RPPA).

### 9. c) I commissari d'accusa

Nel porre in stato di accusa il presidente della Repubblica, il Parlamento elegge a scrutinio segreto, anche tra i suoi membri, uno o più *commissari per sostenere l'accusa* davanti alla Corte costituzionale. Essi esercitano le funzioni di pubblico ministero e hanno facoltà di assistere a tutti gli atti istruttori (artt. 13 della l. cost. n. 1 del 1953; 18 della l. n. 20 del 1962; e 6 RPPA). L'art. 13 citato stabilisce che tale elezione avviene «nel porre in stato di accusa» il presidente della Repubblica: cioè (sembrerebbe) contestualmente, con unica deliberazione avente duplice contenuto. L'art. 6 del RPPA, invece, stabilisce che, «deliberata la messa in stato di accusa», cioè dopo tale deliberazione, il Parlamento provvede alla determinazione del numero dei commissari di accusa e alla loro elezione. L'innovazione non è di poca importanza. Con il sistema delineato dalla legge costituzionale, i commissari di accusa sarebbero tutti espressione delle forze parlamentari orientate all'accusa. Con il sistema previsto nel *Regolamento*, si apre la strada per una spartizione contrattata fra i gruppi, da cui può derivare che fra i commissari «di accusa» vi sia qualcuno espresso dalle forze che si sono espresse contro l'accusa. Dal punto di

vista giuridico non esistono schieramenti formalmente determinati, pro o contro l'accusa: il voto segreto vale appunto a evitare ciò. Ma dal punto di vista sostanziale le cose non stanno così, poiché gli orientamenti sono destinati a emergere, almeno nel dibattito che precede il voto. Proprio per questo, per evitare spurie confluenze tra schieramenti opposti, l'elezione dei commissari non dovrebbe essere distinta dall'accusa: i commissari non sono eletti per rappresentare di fronte alla Corte l'intero Parlamento in tutte le sue articolazioni politiche; sono eletti invece per «sostenere l'accusa», cioè con un mandato preciso risultante dall'atto deliberato dalla maggioranza del Parlamento a Camere riunite<sup>39</sup>.

Il vincolo funzionale dei commissari d'accusa è stabilito espressamente dall'art. 13 citato ed è ribadito dall'art. 18 della legge n. 20 il quale aggiunge che essi possono formulare richieste «secondo l'atto di accusa». La circostanza che l'art. 13 della legge costituzionale attribuisca ai commissari «le funzioni di pubblico ministero» (ciò su cui taluno costruisce, ma discutibilmente, la funzione dei commissari come quella di «parti imparziali», alla stregua del pubblico ministero nel processo penale comune) non si pone in contrasto con questa conclusione. Con tale formula si determina infatti soltanto il ruolo processuale dei commissari, ma non si stabilisce nulla circa i loro rapporti con il Parlamento e l'atto di accusa ch'esso ha votato. D'altra parte, anche per la formulazione («funzioni di pubblico ministero» e non «funzioni del pubblico ministero»), dall'art. 13 non si può trarre la conclusione che la legge operi un rinvio alla posizione istituzionale del pubblico ministero, che è organo di giustizia (non sempre necessariamente di accusa), non vincolato ad alcuna linea prefissata da altri. Del resto, infine, sarebbe assai strano e contraddittorio che i soggetti scelti dalle Camere riunite «per sostenere l'accusa» fossero poi liberi di determinare soggettivamente la loro condotta, magari al punto di rovesciare l'orientamento del Parlamento, unico titolare del potere di accusa, espresso nell'atto relativo. Naturalmente, lo stesso atto di accusa, nel rispetto dei requisiti formali previsti dall'art. 17 cpv. della legge n. 20, può essere formulato in termini più o meno costringenti. Può essere una circostanziata richiesta di condanna, ma può anche avvicinarsi a un meno impegnativo rinvio a giudizio. Da ciò possono derivare vincoli più o meno stretti per i commissari, ma sempre in conseguenza della volontà del Parlamento (che è sempre, necessariamente, volontà accusatoria) e non in conseguenza di una posizione istituzionale dei commissari modellata su quella propria di organi d'accusa in altri tipi di procedimenti giudiziari<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., p. 1031, nonché, molto efficacemente, *Relazione Cossiga*, cit., § 7.

<sup>40</sup> Mortati, *Istituzioni*, cit., vol. I, p. 1466, e G. Contini, *Sulla natura giuridica dell'accusa parlamentare ex art. 96 della Costituzione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, p. 643. *Contra*, la «delibera del 15 luglio 1977 relativa alla natura e alle funzioni del collegio d'accusa», in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., pp. 39 s., ove si sostiene da parte dei commissari, contro la tesi del mandato vincolante e della limitazione dei poteri nel senso dell'accusa, la sostanziale affinità al pubblico ministero nel processo penale ordinario come organo di giustizia, entro la mera limitazione «materiale» segnata dall'atto di accusa. Sull'argomento Chiavario, *Spunti di tematica processualistica*, cit., pp. 303 ss. Sulla citata delibera, Moretti, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 603, n. 9.

Quanto detto circa la funzione dei commissari deve essere inteso con una certa elasticità e ragionevolezza, intanto perché a essi spetta certamente l'uso di «discrezionalità tecnica» nell'adempire al loro ruolo e poi, soprattutto, perché non potrebbe sostenersi che essi siano vincolati, per così dire, ciecamente a sostenere l'orientamento espresso dalle Camere. La condotta processuale deve infatti tener conto delle risultanze probatorie derivanti dall'attività istruttoria svolta dalla stessa Corte costituzionale, cosicché il vincolo che lega i commissari all'atto di accusa è, in certo senso, relativo o *rebus sic stantibus*. Perciò, in presenza di nuovi elementi di valutazione, ai commissari compete di accordare con essi il proprio atteggiamento, fino al punto addirittura, ove ciò risulti inevitabile dagli svolgimenti processuali successivi, di rinunciare a chiedere la condanna degli accusati, ove siano venuti a cadere gli elementi di prova su cui si basava l'accusa: si badi, infatti, che l'atto di accusa è inscindibilmente costituito da addebiti e da prove degli addebiti; venendo meno le seconde, cadono i primi. Ciò che invece deve ritenersi escluso è che, in presenza della stessa o dell'analogha situazione probatoria che ha determinato l'accusa, i commissari sovrappongano la loro valutazione a quella riservata all'organo parlamentare (caso nel quale, venendo meno il rapporto fiduciario, potrebbe porsi la questione della loro revocabilità, peraltro non prevista espressamente, anzi forse contraddetta dall'art. 20 della l. n. 20 del 1962, secondo il quale «i commissari cessano dall'incarico col deposito della sentenza» della Corte costituzionale<sup>41</sup>).

Come si vede, se chiara è la sussistenza di un legame di dipendenza dall'accusa, sostenere la quale è il mandato vincolante i commissari, nella pratica tale legame non può non farsi elastico. Ciò dipende essenzialmente dalla circostanza che, di fronte all'evolversi della situazione processuale davanti alla Corte, l'atto di accusa è un dato pietrificato, mentre il referente sostanziale, il Parlamento in seduta comune, una volta votata l'accusa, viene a mancare. Esso non può essere riconvocato per revocare o modificare l'accusa alla stregua delle emergenze probatorie che possano determinarsi successivamente. Proprio l'esigenza di interpretare dinamicamente il mandato ricevuto rende particolarmente importante la modalità di elezione dei commissari di cui si è detto in precedenza, modalità che deve garantire la piena consonanza tra maggioranza parlamentare e commissari stessi.

Altri problemi sorgono quando i commissari siano tre o più di tre. In questo caso, dice l'art. 18 della legge n. 20, essi si costituiscono in collegio di accusa, eleggendo un presidente. Ciò significa che i commissari non agiscono *uti singuli*, perché la funzione di accusa spetta non a ciascuno di essi ma all'*ufficio* collegiale (artt. 13 e 15, primo comma, delle *Norme per i giudizi d'accusa davanti alla Corte costituzionale*, 27 novembre 1962 [NIGA]). Per questo, ogni attività dei commissari è imputabile all'ufficio e dovrebbe dipendere dalle determinazioni assunte collegialmente da tutti i commissari. Una conferma di questa logica è contenuta nell'art. 18 cpv. della legge n. 20 («il collegio di accusa può nominare tra i suoi componenti uno o più commissari delegati a prendere la parola nel dibattimento

<sup>41</sup> Ammette tale possibilità Contini, *Sulla natura giuridica*, cit., p. 643.

e a formulare le richieste secondo l'atto di accusa e le deliberazioni del collegio»). L'applicazione pratica di queste norme, nell'unico processo penale costituzionale che è stato celebrato, il *processo Lockheed*, non è stata conforme a questi principi; la ragione di ciò sta, *in radice*, nella circostanza che i tre commissari di accusa, eletti in quell'occasione, sono stati scelti nel modo compromissorio che si è più sopra mostrato essere in contrasto con il sistema legislativo e la logica dell'istituto. Da ciò è derivata l'esigenza di consentire comportamenti differenziati e autonomi.

## 10. La Corte costituzionale nella composizione integrata

Nell'esercizio della competenza in esame, la composizione ordinaria della Corte costituzionale è integrata con sedici membri, estratti a sorte da un elenco di quarantacinque cittadini aventi i requisiti di eleggibilità a senatore. Tale elenco è compilato tramite elezione dal Parlamento in seduta comune delle Camere, ogni nove anni, con le stesse modalità stabilite per l'elezione dei cinque giudici costituzionali di scelta parlamentare (artt. 135, u.c., Cost. e 1 RPPA). La pratica ha affermato un'interpretazione della regola anzidetta nel senso di un unico voto su una lista bloccata, preventivamente concordata tra le parti politiche. Questo metodo, che obbedisce a comprensibili ragioni pratiche, esclude votazioni specifiche su ciascun nominativo, togliendo al Parlamento la possibilità di rifiutare le singole designazioni e di contrastare, ove mai lo volesse, la logica della spartizione<sup>42</sup>.

Nel giudizio penale, dunque, la Corte costituzionale funziona in una composizione in cui è prevalente la componente di giudici di elezione parlamentare, anche se la loro «colorazione politica» è filtrata o resa casuale dal sistema del sorteggio. Ciò costituisce una forma particolarissima di partecipazione di «laici», politicamente qualificati e selezionati, all'amministrazione della giustizia, prevista in una logica simile a quella dell'art. 102 cpv. della Costituzione, per «dare ingresso, nell'accertamento dei fatti e delle responsabilità, a valutazioni di ordine politico, che integrino quelle strettamente giuridiche» (sent. n. 259 del 1974). Ma ciò non costituisce certo – al contrario di ciò che ha invece affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 125 del 1977 – una forma di *partecipazione diretta* del popolo all'amministrazione della giustizia (del tipo previsto dall'art. 102, terzo comma, Cost.). Il legislatore costituzionale ha semplicemente ritenuto che in questo caso, anche più che nei restanti, fosse opportuno accentuare il collegamento fra l'organo giudicante e le tendenze politiche fondamentali espresse in sede parlamentare, al fine di addivenire alla costituzione di un giudice idoneo rispetto alla qualità dei soggetti e dei fatti da giudicare. La funzione di giustizia politica, nell'ordinamento precedente all'attuale, era esercitata dal Senato costituito in Alta Corte di giustizia. Questo precedente ha certamente influito sulle scelte circa la composizione della Corte nel giudizio penale costituzionale. Non si può tuttavia mancare di sottolineare che il meccanismo dell'estrazione a sorte rende il sistema prescelto suscettibile delle più antinomiche applicazioni,

<sup>42</sup> A. Cerri, *Problemi relativi alla formazione della Corte «integrata»*, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., p. 330.



potendo portare alla costituzione di collegi giudicanti dominati da maggioranze politiche nettamente e pregiudizialmente segnate pro o contro determinati accusati, oppure all'annullamento della componente politica attraverso la neutralizzazione delle parti contrapposte, con l'emergenza in posizione decisiva della componente giudiziaria e non politica dell'organo. In questo senso, può dirsi che il sistema dell'estrazione costituisce una «non scelta» o una scelta perplessa in ordine al tipo di politicizzazione da dare all'organo giudicante. Quando ci si affida alla sorte, è perché la ragione non ha soluzioni da proporre e sostenere<sup>43</sup>.

*Elenco dei sorteggiabili e sorteggio.* L'elenco dei sorteggiabili è sottoposto al controllo della Corte costituzionale, per la verifica dei requisiti soggettivi (di eleggibilità e di compatibilità) richiesti, verifica che può avvenire in contraddittorio con l'interessato (art. 10 della l. n. 87 del 1953; 2 della l. cost. n. 2 del 1967; e 1-5 NIGA)<sup>44</sup>. Il sorteggio avviene immediatamente, quando è pervenuto alla Corte l'atto di accusa, e si svolge in pubblica udienza, con la partecipazione dei commissari d'accusa (art. 21 della l. n. 20), nonché con quella dei difensori (cosa non prevista ma affermata nella prassi conformemente alle esigenze del contraddittorio). L'udienza di sorteggio, del resto, è stata considerata giurisdizionale, ai fini dell'eventuale proposizione di questioni di legittimità costituzionale delle norme da applicare, «dato il potere-dovere di controllare la legittimità costituzionale delle disposizioni di legge delle quali, nelle varie fasi del giudizio, si deve fare applicazione» da parte della Corte costituzionale (essa, con la sent. n. 259 del 1974, ha deciso una questione incidentale da sé stessa sollevata nell'udienza di sorteggio, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, secondo comma, della l. n. 20, il quale attribuiva alla Corte integrata, anziché alla Corte nella composizione ordinaria, la competenza nei conflitti di attribuzione tra l'allora prevista Commissione inquirente o il Parlamento in seduta comune e l'autorità giudiziaria). I giudici sorteggiati prestano giuramento nelle mani del presidente della Corte. Da questo momento, il collegio si intende formalmente costituito, come Corte costituzionale-giudice penale costituzionale, distinto dalla Corte costituzionale «ordinaria».

*Requisiti soggettivi: ineleggibilità e incompatibilità.* I giudici che integrano il collegio della Corte penale costituzionale non devono incorrere in cause di ineleggibilità e di incompatibilità (art. 10 della l. n. 87 del 1953). A questo riguardo la Corte costituzionale ha ritenuto che:

a) i requisiti per l'eleggibilità a senatore sono non solo quelli previsti dalla Costituzione, ma anche quelli stabiliti dalle leggi elettorali ordinarie, alle quali l'art. 65 della Costituzione rinvia<sup>45</sup>;

<sup>43</sup> Cfr. Pizzorusso, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., pp. 148 s.

<sup>44</sup> La disciplina contenuta negli articoli citati non è delle più chiare e presenta diverse lacune. Essa è stata oggetto di una delibera della Corte costituzionale, avente la funzione di preventiva interpretazione, al fine della chiarificazione in astratto di questioni che sarebbe stato inopportuno trattare caso per caso (delibera del 4 gennaio 1977, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., p. 3, sulla quale Cerri, *Problemi relativi alla formazione della Corte «integrata»*, *ibidem*, pp. 331 ss.).

<sup>45</sup> Cerri, *Problemi relativi alla formazione della Corte «integrata»*, cit., p. 337. Secondo Corte cost., delibera del 29 maggio 1977, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo*

b) le situazioni di incompatibilità (l. n. 60 del 1953) sono finalizzate alla tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità della funzione dei giudici aggregati. Devono distinguersi in *prefunzionali* e *funzionali*. Le prime valgono nei confronti delle persone che sono semplicemente incluse nell'elenco dei quarantacinque e per il solo fatto dell'inclusione; le seconde divengono invece attuali solo al momento dell'immissione nell'organo, dopo l'estrazione e il giuramento, cioè a partire dalla costituzione del collegio. Le incompatibilità funzionali sono le medesime che valgono per i giudici costituzionali «ordinari», ex art. 7 della legge n. 87 del 1953. La situazione di incompatibilità viene sanata, nel caso di incompatibilità prefunzionale, se l'interessato cessa dalla carica incompatibile prima dell'inclusione nell'elenco; nel caso di incompatibilità funzionale, se cessa o sospende l'attività incompatibile al momento in cui entra a far parte del collegio.

L'ineleggibilità e l'incompatibilità prefunzionale devono farsi valere, su iniziativa del presidente della Corte, prima del sorteggio, per meglio tutelare i valori della precostituzione, dell'indipendenza e dell'imparzialità. La conseguenza è la cancellazione dalla lista dei quarantacinque. È prevista una verifica iniziale della Corte sull'elenco predisposto dal Parlamento e, poi, la revisione della lista ogni biennio, per accertare l'eventuale sopravvenienza di motivi di ineleggibilità o incompatibilità sopravvenuti. Se il numero delle persone ricomprese nell'elenco scende sotto le trentasei unità, ne viene data notizia al presidente della Camera, affinché si provveda all'integrazione. L'incompatibilità funzionale, al contrario, diviene attuale solo con l'immissione nell'organo e quindi può essere fatta valere solo da quel momento (cioè dal giuramento)<sup>46</sup>. Tutte queste valutazioni spettano alla Corte costituzionale nella sua composizione ordinaria (anche quelle che riguardano le incompatibilità funzionali, rilevanti in un momento in cui già esiste la Corte nella sua composizione integrata) (artt. 2 della l. cost. n. 2 del 1967; 10 della l. n. 87 del 1953; e 1-5 NIGA), il che pare confermare, in generale, che il legislatore non ha concepito la Corte nella sua composizione «ordinaria» e la Corte nella composizione integrata come due organi distinti, ma la seconda, appunto, come mera integrazione della prima. Su questa base, si può comprendere come spetti alla Corte «ordinaria» valutare l'esistenza dei requisiti soggettivi per la propria integrazione.

*Astensione e ricusazione.* Invece, le ragioni di incompatibilità relative a situazioni processuali concrete, concernenti un giudizio e imputati specifici, che si traducono in altrettante cause di *astensione* e *ricusazione* (inesistenti negli altri giudizi della Corte) rientrano nella competenza della Corte integrata che decide immediatamente senza l'intervento dei giudici ai quali l'astensione o la ricusazione si riferiscono (artt. 25 della l. n. 20 del 1962 e 13 NIGA)<sup>47</sup>. Queste cause d'incompatibilità sono ricavabili dal

*Lockbeed*, cit., p. 5, le cause di ineleggibilità a senatore si trasformano in cause di incompatibilità, se possono essere rimosse.

<sup>46</sup> Corte cost., delibere del 4 gennaio 1977, cit., e del 6 maggio 1977, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockbeed*, cit., p. 24.

<sup>47</sup> Corte cost., ord. del 21 aprile 1977, 14 giugno 1978, 26 giugno 1978, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockbeed*, cit., rispettivamente pp. 22, 76, 77.

diritto processuale generale e si riferiscono non solo ai giudici aggregati, ma anche a quelli «ordinari».

*Immutabilità del collegio giudicante. «Prorogatio».* Vale per i giudici, ordinari e aggregati, un particolare tipo di *prorogatio*. Si è ritenuto<sup>48</sup> che l'art. 26 u.c. della legge n. 20 («i giudici ordinari e aggregati che costituiscono il collegio giudicante continuano a farne parte sino all'esaurimento del giudizio, anche se sia sopravvenuta la scadenza del loro mandato»), scadenza che si determina, per i giudici ordinari, al nono anno di carica e, per gli aggregati, al nono dall'inclusione nella lista inizialmente formulata sia sopravvissuto all'abolizione della *prorogatio* dei giudici costituzionali ordinari operata dalla legge cost. n. 2 del 1967. Le due discipline, infatti, non entrano in conflitto, per la diversità delle situazioni (la continuità del collegio e il perdurare nella carica). In particolare, mentre la *prorogatio* abolita valeva ad assicurare la tendenziale completezza della formazione della Corte come tale e quindi in tutti i suoi giudizi (*prorogatio ad munus*), l'art. 26 citato vale «al fine di assicurare, in condizioni di indipendenza e di imparzialità, il contributo di tutti i giudici in carica all'atto della costituzione di quel particolare collegio»<sup>49</sup>, il collegio penale (*prorogatio ad acta*). Il momento di applicazione del principio di immutabilità è individuato dalla Corte costituzionale nella prestazione del giuramento da parte dei giudici aggregati, momento della costituzione del collegio. Dall'applicazione dei principi anzidetti discende che, se scade un giudice ordinario nella pendenza di un processo penale costituzionale, egli resta in carica per la continuazione di questo, ma può essere sostituito per l'esercizio di altre funzioni della giustizia costituzionale. La Corte, allora, si troverebbe transitoriamente a essere formata di un numero di giudici maggiore di quello astrattamente previsto<sup>50</sup>.

*Continuità.* Col principio di immutabilità non deve confondersi quello di *continuità del collegio giudicante*. Esso significa che ai giudizi di accusa partecipano tutti i giudici della Corte, ordinari e aggregati, che non siano legittimamente impediti e che il giudice che non sia intervenuto a un'udienza non può partecipare a quelle successive (art. 26, primo e terzo comma, della l. n. 20 del 1962). Per «udienza» si intende quella dibattimentale: perciò la mancata presenza a un'adunanza del collegio in camera di consiglio, per l'esercizio dei poteri della fase istruttoria, non impedisce la partecipazione al seguito del giudizio.

*Garanzie.* I giudici aggregati, durante la carica, hanno le stesse garanzie dei giudici ordinari: in particolare, l'immunità per le opinioni espresse e i voti dati

<sup>48</sup> Corte cost., ord. del 5 maggio 1977, nn. 1 e 12 maggio 1977, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., rispettivamente pp. 23 e 8, su cui P. Grossi, «Prorogatio» e «congelamento» del collegio nei giudizi di accusa innanzi alla Corte costituzionale, *ibidem*, pp. 347 ss.; G. D'Orazio, *Pendenza del giudizio di accusa e scadenza di giudice costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», I, 1977, pp. 1421 ss.; e Taormina, *Procedimenti e giudizi d'accusa*, cit., pp. 409 ss.

<sup>49</sup> Cfr. le ordinanze cit. in nota 47.

<sup>50</sup> Si vedano le osservazioni di Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, p. 248.

nell'esercizio delle funzioni (art. 11 della l. cost. n. 1 del 1953) e, si può congetturare anche se nulla è detto in proposito, per l'autorizzazione a procedere alla quale è subordinata la perseguibilità in giudizio dei giudici della Corte.

Regola generale è che il collegio giudicante deve, in ogni caso, essere costituito da almeno ventun giudici, dei quali la maggioranza deve essere di giudici aggregati (art. 26, cpv., della l. n. 20). In attuazione di questa regola, l'art. 11 NIGA ha previsto che, se per qualsiasi ragione, il numero dei giudici aggregati diviene pari o inferiore a quello dei giudici ordinari (il che può avvenire anche se esistono i supplenti, i quali, però, in virtù del principio di continuità, possono essere utilizzati solo a partire da un momento anteriore alla prima udienza dibattimentale), il numero dei giudici ordinari viene ridotto, attraverso il sorteggio, in modo da mantenere la prevalenza numerica dei giudici aggregati. Nel novero dei sorteggiabili ai fini dell'esclusione non si considera il giudice istruttore nonché, presumibilmente, il presidente della Corte, dovendo (*ex art. 135 Cost.*) il presidente della Corte integrata essere il presidente del collegio ordinario e nessun potere di elezione di (altro) presidente essendo riconosciuto alla Corte integrata stessa. Inoltre, se il collegio si riduce a meno di ventun componenti, il presidente dispone che si faccia luogo alla creazione di un nuovo collegio (art. 12 NIGA), ciò che determina l'esigenza di ricominciare da capo il giudizio.

*Deliberazione.* La Corte costituzionale delibera a maggioranza dei giudici che, avendo partecipato a tutte le udienze, costituiscono il collegio in concreto. Naturalmente, nella camera di consiglio per la deliberazione della sentenza, non sono ammesse sostituzioni<sup>51</sup>. È vietata l'astensione dal voto e, in caso di parità, prevale non il voto del presidente (come è regola generale per gli altri procedimenti), bensì l'opinione più favorevole all'accusato (art. 28, primo e secondo comma, della l. n. 20).

## 11. Il processo: a) la fase preliminare al giudizio

Entro due giorni dalla deliberazione del Parlamento, il presidente della Camera dei deputati trasmette l'atto di accusa al presidente della Corte costituzionale (art. 17, terzo comma, della l. n. 20), insieme alla relazione del Comitato (con le eventuali relazioni di minoranza), gli atti e i documenti del procedimento (art. 28 RPPA). L'atto di accusa, per disposizione del presidente della Corte, secondo l'art. 5 NIGA, è notificato all'accusato, entro due giorni dalla sua ricezione (artt. 17, u.c., della l. n. 20 e 6 NIGA). Da questo momento s'instaura il giudizio, attraverso la costituzione del rapporto processuale, e l'accusato deve badare alla propria difesa. Qualora egli non abbia nominato un difensore di fiducia, il presidente della Corte provvede a nominare un difensore d'ufficio (art. 22 della l. n. 20).

<sup>51</sup> Corte cost., ord. del 12 marzo 1979, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., p. 96, su cui G. D'Orazio, *Giudizio penale costituzionale e legittimo impedimento del giudice*, *ibidem*, pp. 369 ss.

L'«istruzione». Il procedimento di fronte alla Corte costituzionale si apre con una fase destinata all'interrogatorio dell'accusato, agli atti istruttori ritenuti necessari alla predisposizione della relazione che verrà presentata al dibattimento. La conduzione di questa fase, che si denomina «istruzione» (sebbene ciò non autorizzi gli accostamenti con l'istruzione del processo penale comune, trattandosi di attività finalizzata alla relazione e non a un eventuale «rinvio a giudizio», essendoci già stata l'accusa parlamentare<sup>52</sup>), spetta al presidente della Corte, direttamente o delegando altri giudici costituzionali. Egli provvede al compimento degli atti d'indagine necessari, ivi compreso l'interrogatorio dell'imputato, e alla redazione della relazione (art. 22 della l. n. 20)<sup>53</sup>. Nell'attività istruttoria, valgono le norme del codice di procedura penale, secondo ciò che dispone il rinvio generale dell'art. 34 della legge n. 20 e come precisa l'art. 21 NIGA: gli atti istruttori sono compiuti con le forme processuali ordinarie, previa comunicazione ai commissari di accusa, onde consentire loro di prendervi parte. Eguale comunicazione deve essere fatta ai difensori, in quanto essi hanno facoltà di assistervi<sup>54</sup>. I provvedimenti cautelari o coercitivi, personali o reali, spettano alla Corte, come collegio, e non a colui che conduce l'istruttoria (art. 23, primo comma, della l. n. 20). In caso di eccezionale urgenza, provvede il presidente della Corte convocando immediatamente il collegio per la convalida (art. 17 NIGA)<sup>55</sup>.

Al termine dell'istruzione, il presidente convoca la Corte in camera di consiglio per la dichiarazione di chiusura dell'istruzione medesima. Gli atti e i documenti sono depositati nella cancelleria della Corte, dandosi avviso agli accusati, ai difensori e ai commissari di accusa, affinché questi siano messi in condizione di prenderne conoscenza. Entro venti giorni dalla chiusura dell'istruzione, viene convocata la Corte per il dibattimento (art. 24 della l. n. 20). Data l'inesistenza di un dualismo tra istruzione e dibattimento, è da ritenere che, malgrado la chiusura dell'istruzione, la Corte possa successivamente deliberare la riapertura di essa, per un supplemento istruttorio o per la rinnovazione di un atto, quando esso appaia viziato di nullità.

Nel processo penale costituzionale, l'«istruzione» ha un significato del tutto diverso da quello dell'istruzione nel processo penale ordinario. La ragione delle

<sup>52</sup> V. Gianturco, *I giudizi penali della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1965, cap. II, § 5.

<sup>53</sup> Gli artt. 19-22 NIGA trattano del «giudice istruttore», figura prevista dal codice di procedura penale, prima della riforma del 1989, con riguardo all'abrogata giurisdizione penale della Corte circa i «reati ministeriali». L'art. 22 della legge n. 20 è stato modificato per conseguenza, mentre le *Norme Integrative* (artt. 19-22) sono rimaste quelle che erano, menzionando una figura che non esiste più.

<sup>54</sup> Sull'art. 24 della Costituzione nel procedimento penale costituzionale, Chiavario, *Spunti di tematica processualistica*, cit., pp. 323 ss.

<sup>55</sup> Con riguardo al caso Lockheed, si vedano, in tema di iscrizione di ipoteche, sequestri, emissioni di mandati di cattura, richieste di arresto al fine di estradizione, il decreto presidenziale 18 giugno 1977, n. 99, confermato con decreto della Corte 5 luglio 1977, n. 1; il decreto della Corte 20 luglio 1977, n. 99; il decreto della Corte 20 settembre 1977, n. 100; il decreto presidenziale 29 settembre 1977, confermato con decreto della Corte 18 ottobre 1977, n. 171; il decreto presidenziale 12 novembre 1977, confermato con decreto della Corte 2 dicembre 1977, n. 187; il decreto della Corte 31 gennaio 1978, n. 211, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., rispettivamente pp. 33, 35, 36, 42, 51, 56, 61.

differenze sta nella preesistenza dell'atto di accusa parlamentare, che assume un significato dominante sul procedimento successivo di fronte alla Corte, investendola di una domanda definita e irretrattabile, che determina l'oggetto del giudizio. Nel processo penale costituzionale, l'istruzione, fase necessaria anche se riducibile ai minimi termini, riguarda non una mera *notitia criminis*, ma un'accusa già formulata e destinata perciò a sfociare necessariamente nel dibattimento. L'istruzione, qui, è meramente probatoria e finalizzata allo svolgimento del compito referente del presidente-relatore. Essa, inoltre, è aggiuntiva rispetto alla raccolta delle prove nella fase parlamentare<sup>56</sup> e potrebbe perciò consistere nel solo interrogatorio dell'imputato. Nell'unico processo penale costituzionale finora svoltosi, però, l'«istruzione» di fronte alla Corte si è dilatata grandemente, non solo per la complessità della materia criminale da trattare, ma anche per l'intento perseguito di segnare una netta differenza tra l'essenza (politica) della fase parlamentare e quella (giurisdizionale) della fase presso la Corte e per poter procedere all'attività probatoria nel rispetto delle forme processuali e con le dovute garanzie per la difesa. Si è determinato quasi un duplicato che ha appesantito il procedimento e, in più, ne ha accentuato i caratteri inquisitori, attraverso un'attività di raccolta delle prove condotta dallo stesso organo chiamato al giudizio.

## 12. b) Il dibattimento e la decisione

In un termine non inferiore a venti giorni dalla chiusura dell'istruzione, il presidente fissa la data del dibattimento, disponendo la convocazione dei giudici ordinari e aggregati e la notificazione della convocazione all'accusato e al suo difensore (art. 24 della l. n. 20) e ai commissari d'accusa. Prima dell'inizio delle formalità di apertura del dibattimento possono presentarsi le istanze di astensione e di ricsuzione dei giudici aggregati e ordinari. Qualora tali istanze siano state presentate, il decreto di convocazione della Corte per la decisione su di esse è notificato all'ufficio dei commissari di accusa e ai difensori, nonché al giudice o ai giudici ai quali l'istanza si riferisce (art. 13 NIGA). La Corte stessa, nella composizione integrata, decide immediatamente sulla richiesta di astensione o sulla ricsuzione, senza l'intervento dei giudici ai quali essa si riferisce (art. 25 della l. n. 20).

*Coordinamento tra sistemi normativi.* Nella fase dibattimentale, trovano applicazione le norme del processo penale comune, in quanto applicabili e non sia diversamente disposto per il giudizio penale costituzionale (art. 34 della l. n. 20). L'elemento di maggiore differenza è il carattere marcatamente inquisitorio del procedimento delineato dalla legge, la quale prevede che la fase del giudizio, dopo i preliminari, si apra con la «relazione» del «giudice relatore». Il giudice relatore è il presidente

<sup>56</sup> «Questa fase non costituisce una fase istruttoria in senso proprio, essendo il fondamento dell'accusa un procedimento con istruttoria compiuta dall'organo di accusa. L'interrogatorio e gli eventuali atti istruttori sono preordinati non a una revisione dell'operato della [allora] Commissione inquirente, ma solo a quell'integrazione dell'istruttoria che fosse necessaria per una migliore presentazione del materiale istruttorio nel dibattimento»: così la *Relazione Cossiga*, cit., § 18 e, sulle tracce di queste affermazioni, Gianturco, *I giudizi penali*, cit., p. 164.

della Corte stessa o un suo delegato, i quali, nella fase precedente, hanno raccolto le prove e ora si trovano a far parte del collegio giudicante. Nel dibattimento si procede all'interrogatorio dell'accusato e all'«assunzione delle prove».

Su questo punto, si potranno verificare le maggiori difficoltà di coordinamento tra queste norme e quelle processuali penali comuni. Nel giudizio penale comune, in base all'art. 111, terzo e quarto comma, della Costituzione (come modificato dalla l. cost. n. 2 del 1999), vale il principio dell'assunzione delle prove in dibattimento, nel necessario contraddittorio delle parti. Questo principio è di difficile armonizzazione con la struttura «inquisitoriale» del giudizio davanti alla Corte costituzionale. In particolare, la questione riguarda il valore degli elementi di prova contenuti nella «relazione». È questa una «lettura» alla stessa stregua delle letture di atti che provengono da fasi anteriori del processo, i cui contenuti, per poter valere come prove, devono essere «rinnovati» nel dibattimento? Oppure, questa tematica non ha da porsi, dal momento che la «relazione» è già un atto del collegio giudicante che non ha affatto da essere «rinnovato» ma, semplicemente, sui contenuti del quale potrà aprirsi la discussione nel dibattimento? Sono questioni importanti di coordinamento tra sistemi normativi diversi che, un tempo, obbedivano a principi omogenei ma, oggi, con il codice processuale penale vigente e il nuovo art. 111 della Costituzione, hanno preso ciascuno la propria via.

In questa fase può porsi il problema dell'eventuale nullità di precedenti atti istruttori. Poiché le attività istruttorie anteriori al dibattimento devono essere compiute nel rispetto degli artt. 24 e 111 della Costituzione, oltre che delle norme del codice di procedura penale, richiamate dall'art. 34 della legge n. 20, trova applicazione il regime ordinario delle nullità. Poiché la fase dell'istruzione, nel processo costituzionale, non si contrappone a quella del giudizio, non è da escludersi che la Corte possa revocare l'ordinanza di chiusura dell'istruzione, al fine di rimettere al «giudice istruttore» la rinnovazione, ove possibile, degli atti viziati da nullità, affinché possano trovare posto ritualmente nella «relazione». E qui si potrebbe porre la questione del valore delle deposizioni davanti al Comitato parlamentare i cui risultati sono trasmessi alla Corte insieme alla deliberazione d'accusa. Considerazioni analoghe valgono per gli ulteriori atti probatori compiuti nella fase di fronte al Comitato e utilizzati nel giudizio di fronte alla Corte. La questione è sorta nel caso Lockheed, a proposito delle deposizioni raccolte dalla Commissione parlamentare presso testimoni statunitensi, a seguito dell'accordo firmato a Washington e reso esecutivo in Italia con d.l. n. 76 del 6 aprile 1976 (convertito in l. n. 179 del 30 aprile 1976)<sup>57</sup>. L'eccezione rivolta a contestarne

<sup>57</sup> Sui problemi (di ordine internazionale, costituzionale e processuale) posti da tale singolare accordo (di cui è incerta la natura di trattato internazionale) che contiene regole relative a un solo, individuato, procedimento e che è stato stipulato e reso esecutivo in forme diverse e contrastanti con quelle dell'art. 80 della Costituzione, si veda R. Olivo, *Rogatorie e assunzione diretta di testi all'estero (a proposito dell'accordo Italia-USA per il caso Lockheed)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1976, pp. 903 ss.; F.D. Riccioli, *L'accordo fra Italia e S.U. per la reciproca assistenza giudiziaria nell'affare «Lockheed»*, in «Rivista di diritto internazionale», 1977, pp. 540 ss., con considerazioni circa il significato politico e giuridico di tale accordo (il cui testo è pubblicato in «Rivista di diritto internazionale», 1976, pp. 617 ss., con nota di V. Starace, *ibidem*, pp. 665 ss.).

l'utilizzabilità fu allora respinta dalla Corte con esplicito riferimento al codice di procedura penale allora vigente, come se la fase parlamentare costituisse una fase del processo penale costituzionale. L'orientamento della Corte apparve tale da esporre il giudizio da essa condotto al rischio di vanificare i caratteri di oralità, pubblicità e immediatezza, attraverso il preponderante peso di elementi probatori assunti in una fase diversa, semplicemente richiamati al di fuori della logica propriamente processuale<sup>58</sup>.

Terminata l'assunzione delle prove, il commissario o i commissari di accusa pronunciano la requisitoria. Successivamente i difensori espongono le difese. L'accusato ha per ultimo la parola. Il presidente, infine, dichiara chiuso il dibattimento e la Corte si ritira in camera di consiglio per la decisione (art. 25 NIGA).

Ai fini della deliberazione, il presidente formula, separatamente per ogni accusato e per ogni capo di imputazione, le questioni di fatto e di diritto; dopo che queste sono state discusse e votate, formula, ove ne sia il caso, le questioni sulla pena da applicare, le mette in discussione e le fa votare, raccogliendo i voti incominciando dal giudice meno anziano, e vota per ultimo. Nessuno dei votanti può esprimere per iscritto i motivi del suo voto e non sono ammesse astensioni. In caso di parità di voti, prevale l'opinione più favorevole all'accusato (art. 28 della l. n. 20). Subito dopo la decisione, il presidente stende il dispositivo, redige o dà incarico a uno dei giudici di redigere la sentenza. Il dispositivo è immediatamente letto dal presidente in udienza (artt. 28, u.c., della l. n. 20 e 26 NIGA).

La sentenza è definitiva e irrevocabile, non essendo soggetta a impugnazione (art. 29, primo comma, della l. n. 20). A questo proposito si è discusso circa la mancanza del «doppio grado» di giurisdizione. In generale, può dirsi che tale mancanza è pienamente giustificata, in termini di diritto positivo, dall'art. 137, terzo comma, della Costituzione e, in termini generali, dal carattere eminente della giurisdizione penale costituzionale, incompatibile con qualunque istanza d'appello presso altri organi giurisdizionali, necessariamente privi di tale carattere (salva la possibilità di ricorso a Strasburgo, alla Corte europea dei diritti dell'uomo).

Una questione si è posta, tuttavia, per i condannati «laici», la cui posizione è attratta nella giurisdizione costituzionale in forza di connessione, impedendosi così l'esercizio del diritto di impugnazione che sarebbe loro altrimenti spettato nei confronti di qualunque decisione della giurisdizione penale comune. Si è sostenuta l'abrogazione delle norme sulla connessione – da cui deriva l'inconveniente denunciato – a opera dell'art. 14, § 5 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* («Ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge»). Sennonché, la legge n. 881 del 1977, con la quale il *Patto* è stato reso esecutivo, contiene la seguente, esplicita, riserva: «il paragrafo 5 dell'art. 14 non costituisce ostacolo

<sup>58</sup> Chiavario, *Spunti di tematica processualistica*, cit., p. 327, che nota come l'orientamento seguito allora potrebbe prestarsi «in modo peculiare a favorire le più spericolate operazioni di introduzione delle prove “per protocolli”».



all'applicazione delle vigenti disposizioni italiane che, in conformità alla costituzione della Repubblica italiana, disciplinano lo svolgimento in unico grado del giudizio di fronte alla Corte costituzionale nelle accuse promosse contro il presidente della Repubblica [e i ministri]». La Corte costituzionale (ord. del 6 febbraio 1979)<sup>59</sup> ha respinto la questione di costituzionalità con il decisivo richiamo alla competenza per connessione degli organi della giurisdizione penale costituzionale: la razionalità della connessione – «per la rilevanza costituzionale del bene tutelato» e «per le difficoltà a volte insolubili che comporterebbe un separato giudizio a carico dei ministri» (lo stesso vale per il presidente della Repubblica) – è stata espressamente riconosciuta dalla sentenza n. 125 del 1977 della Corte stessa. La questione è stata così attratta in quella, assorbente, della conformità alla Costituzione dell'istituto della connessione nel processo penale costituzionale<sup>60</sup>.

Eccezione solo apparente al principio di esclusione del doppio grado di giurisdizione è la revisione della sentenza di condanna, da proporsi allo stesso organo che l'ha pronunciata (quindi, nel nostro caso, la Corte nella composizione integrata) (art. 33 della l. n. 20). La revisione è consentita se, dopo la condanna, sopravvengono o si scoprono nuovi fatti o nuovi elementi di prova (o anche anteriori purché non conosciuti) i quali, da soli, o uniti a quelli già esaminati, rendono evidente che il fatto non sussiste o il condannato non l'ha commesso (art. 29 della l. n. 20). La norma citata ammette il giudizio di revisione in ipotesi più restrittive di quelle previste dall'art. 630 del codice di procedura penale, ciò che potrebbe dar luogo a dubbi di ragionevolezza circa la diversità delle previsioni<sup>61</sup>.

Il potere di chiedere la revisione spetta, oltre che al condannato, al Comitato parlamentare (il che pone un problema di coordinamento con i poteri delle Camere riunite che hanno messo il presidente della Repubblica in stato d'accusa)<sup>62</sup>. La Corte costituzionale (nella sua composizione integrata) deve preliminarmente ammettere la revisione, con ordinanza che è comunicata al presidente della Camera, affinché questi convochi il Parlamento in seduta comune per l'elezione dei commissari d'accusa (art. 29, secondo comma, della l. n. 20). Il giudizio di revisione si svolge secondo le norme del processo penale costituzionale, in quanto applicabili (art. 30 NIGA).

### 13. Le sanzioni e la loro esecuzione

Le sanzioni irrogabili nel processo penale a carico del presidente della Repubblica sono previste dall'art. 15 della legge cost. n. 1 del 1953 «nei limiti del massimo di pena previsto dalle leggi vigenti al momento del

<sup>59</sup> In «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., pp. 94 s.

<sup>60</sup> Cfr. A. D'Atena, *Processo penale costituzionale, imputati «laici» e doppio grado di giurisdizione*, in «Giurisprudenza costituzionale», *Processo Lockheed*, cit., pp. 361 ss.

<sup>61</sup> Sull'interpretazione di questa formula, per confronto con quella analoga dell'art. 554 n. 3 del codice di procedura penale allora vigente, si veda per tutti Moretti, in Pizzorusso, Volpe, Sorrentino e Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 674.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 675.

fatto, nonché le sanzioni costituzionali, amministrative e civili adeguate al fatto». Questa è la laconica disciplina espressa.

La discrezionalità della Corte nel determinare la qualità e la misura della pena (discrezionalità che assorbe qualsiasi questione in tema di circostanze aggravanti o attenuanti) è massima, conformemente al carattere *a priori* indeterminato delle stesse ipotesi di reato. L'affievolimento del principio di legalità rispetto al reato si riverbera necessariamente in analogo affievolimento rispetto alla pena<sup>63</sup>. L'unico limite sta nell'impossibilità per la Corte di escogitare pene nuove, non già previste dall'ordinamento penale comune: ma, in questo ambito, la Corte è libera. Tra le «pene previste dalle leggi vigenti», non rientra, tanto più dopo la modifica dell'art. 27, ultimo comma, della Costituzione (l. cost. n. 1 del 2007), la pena di morte. Quanto alle pene ulteriori – costituzionali, amministrative e civili –, è da tenere presente che il giudizio della Corte costituzionale è un giudizio penale e, pertanto, possono esistere pene «accessorie», cioè che «accedono» alla pena principale e non possono essere pronunciate indipendentemente da questa<sup>64</sup>. La sanzione costituzionale accessoria più ovvia è la rimozione dalla carica, la quale potrebbe peraltro essere assorbita da una condanna che comporti di per sé o che possa essere accompagnata dall'interdizione dai pubblici uffici.

Si noti che, data la latitudine della disposizione dell'art. 15 della legge cost. n. 1 del 1953, la rimozione può riguardare non solo la carica di presidente della Repubblica, ma qualsiasi altra carica costituzionale, come quella di membro di diritto del Senato, rivestita necessariamente dagli ex presidenti della Repubblica. A causa del carattere eminente della giurisdizione penale costituzionale, la pronuncia della Corte produce i suoi effetti giuridici indipendentemente da qualsiasi pronuncia dell'organo di cui il soggetto interessato faccia parte<sup>65</sup>. È

<sup>63</sup> Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., pp. 1027 s. Sui problemi posti dal rinvio al massimo di pena previsto dalla legislazione in vigore, si veda M. Laudi, *Responsabilità penale del Presidente della Repubblica ex art. 90 Cost. e principio di legalità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1972, pp. 470 ss.

<sup>64</sup> La tesi contraria è stata prospettata da Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., p. 1028; Bartholini, *La promulgazione*, cit., p. 402; Ortino, *La responsabilità costituzionale*, cit., p. 71; Cheli, *Tendenze evolutive nel ruolo e nei poteri del capo dello Stato*, cit., pp. 105 ss.; R. Moretti, *La decadenza dell'ex-ministro Tanassi e le prerogative parlamentari*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1979, pp. 422 ss., la cui argomentazione bene mostra la trasformazione della posizione costituzionale del presidente della Repubblica che ne deriverebbe. Si sostiene: che le formule «alto tradimento» e «attentato alla Costituzione» sono inadeguate a isolare particolari ipotesi specifiche di reato ed equivalgono a «illecito funzionale»; che la responsabilità del presidente può essere evocata indipendentemente dal rilievo e dalla gravità; che gli illeciti di minore importanza possono rilevare al fine delle sole sanzioni non penali. Questo allargamento della responsabilità è uno svolgimento conseguente delle premesse poste, ma sarebbe uno svolgimento in puntuale contrasto con l'art. 90, primo comma, della Costituzione: «il presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni» (salvo che per l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione).

<sup>65</sup> In senso contrario deve interpretarsi il comportamento della Camera dei deputati che, di fronte alla sanzione della decadenza dal mandato parlamentare pronunciata dalla Corte costituzionale, ha ritenuto di iterare la medesima misura a carico di un ex ministro, allora membro della Camera stessa. Con ciò si è inteso riaffermare l'esclusiva competenza

prevista l'applicabilità dell'amnistia e dell'indulto ed è ammessa la riabilitazione dei condannati. Sulle relative domande la Corte giudica nella composizione integrata (artt. 32 e 33 della l. n. 20). Sebbene non si faccia menzione della grazia, non sembra che se ne debba escludere l'ammissibilità, come avveniva un tempo, in diverso contesto costituzionale, quando essa poteva concepirsi come strumento del re per sollevare i ministri della Corona dalle loro responsabilità. In un simile caso, però, essa potrebbe assumere un carattere altamente politico e non semplicemente umanitario, onde dovrebbe risultare evidente la necessità costituzionale del coinvolgimento effettivo nel procedimento del governo, responsabile di fronte al Parlamento.

#### 14. Sguardo di sintesi: la qualificazione delle fasi del procedimento penale costituzionale e il problema dei loro rapporti

La disciplina del procedimento penale costituzionale che si è illustrata nei paragrafi precedenti non qualifica e non distingue con chiarezza la natura delle diverse fasi in cui esso si articola. Ciò ha reso possibile seguire diverse ipotesi ricostruttive e trarre da esse diverse conseguenze circa i loro rapporti. I modelli di riferimento sono stati spesso cercati nelle forme del processo penale comune, individuandosi volta per volta le assonanze e le dissonanze.

Le ricostruzioni proposte (prescindendo dalle varianti di minore significato) sono essenzialmente tre: una considera il procedimento come sequela omogenea di atti aventi natura giurisdizionale; la seconda distingue due fasi, di tipo politico quella di fronte al Parlamento e di tipo giurisdizionale quella di fronte alla Corte costituzionale; la terza distingue invece tre fasi, di tipo giurisdizionale quella di fronte al Comitato parlamentare, di tipo politico quella di fronte alle Camere riunite e di tipo di nuovo giurisdizionale quella di fronte alla Corte costituzionale. Si sono cioè sostenute concezioni *unitarie, binarie e ternarie*.

La ricostruzione unitaria appare particolarmente debole in quanto disconosce l'inevitabile politicità della fase d'accusa che si svolge di fronte alle Camere riunite: una fase condotta da un organo sicuramente non giurisdizionale nell'esercizio di poteri che non si lasciano assimilare a quelli propri della giurisdizione e in vista di un interesse politico o politico-costituzionale evidente: la condanna e l'allontanamento dalla scena politica di chi è posto sotto accusa. Questo è forse l'aspetto decisivo: l'accusa, di per sé, non è un semplice rinvio a giudizio attraverso il quale le Camere rimettono alla Corte la valutazione dei fatti, sui quali esse esprimono un'opinione disimpegnata circa l'esistenza mera di materia sufficiente per aprire un giudizio. L'accusa, invece, è una *richiesta di condanna* sulla base delle prove acquisite nel procedimento anteriore; è quindi un atto *contra reum* più intenso di qualunque atto di impulso processuale che rimette

del Parlamento, in merito ai provvedimenti che possono incidere sulla propria composizione, ponendosi così le basi per un eventuale conflitto con la Corte costituzionale (allora non insorto, data l'equivalenza delle due pronunce). Sull'episodio, si veda Moretti, *La decadenza*, cit., pp. 396 ss.

al giudice la valutazione obiettiva di una situazione giuridica<sup>66</sup>. In altre parole, l'accusa è un'azione, mossa dall'interesse politico-costituzionale dell'attore, cioè del Parlamento: un'azione facoltativa che obbedisce a un interesse tutt'altro che oggettivo (come potrebbe essere quello a un'assetica tutela dell'ordinamento costituzionale). Per questo, sembrano fuorvianti tutte le analogie sia con il giudice istruttore, nell'ordinamento processuale previgente, sia anche con il pubblico ministero, nel processo penale ordinario vigente. Da ciò possono trarsi due corollari. Il primo è che la Corte costituzionale giudica propriamente ed essenzialmente (secondo la formula testuale dell'art. 134 Cost.) sull'accusa, cioè sulla sua fondatezza o infondatezza; il Parlamento che vota la messa in stato d'accusa non si limita a deferire gli accusati al giudizio costituzionale, ma sottopone la sua pretesa al vaglio della Corte. Esso stesso si sottopone così a questo giudizio e da questo uscirà vittorioso o soccombente. Il secondo corollario da trarre riguarda la posizione dei commissari d'accusa i quali non sono imparziali organi di giustizia, ma rappresentanti dell'interesse delle Camere alla condanna e operano per la vittoria processuale del soggetto che rappresentano. L'irriducibilità alla giurisdizione, quali che si voglia esserne i caratteri, è stata riconosciuta dallo stesso presidente del Parlamento a Camere riunite<sup>67</sup>, quando ha escluso la proponibilità, da quella sede, di questioni incidentali di legittimità costituzionale: il procedimento d'accusa, mentre sarebbe contrassegnato, nella fase dinanzi alla (allora) Commissione, ora Comitato, «da spiccate caratteristiche di giurisdizionalità», è – si è detto – di natura politica nella sequenza che si svolge dinanzi alle Camere riunite.

L'opinione appena riferita si richiama palesemente alla ricostruzione che si è detta ternaria. Questa si basa sulle caratterizzazioni giurisdizionali delle attività svolte dal Comitato e dei poteri con i quali tali attività sono svolte. In questa fase si assiste a un tentativo del legislatore di rendere oggettiva, non impegnata, attendibile fuori delle collocazioni di parte, l'attività del Comitato stesso. Non esiste di fronte a esso un vero e proprio rapporto triadico, come nello schema accusatorio della giurisdizione, perché il Comitato procede alle attività istruttorie in un rapporto semplice con l'inquisito, secondo uno schema proprio piuttosto del processo inquisitorio; ma ciò di per sé non incrina la possibilità di considerarne l'attività alla stregua di un'istruzione giudiziaria.

Poste queste premesse e messa in luce la conseguente irriducibilità della fase innanzi al Comitato alla fase di fronte alle Camere, si sono proposte varie configurazioni dell'atto di accusa: per esempio, si è detto che esso varrebbe come condizione di procedibilità o come autorizzazione a

<sup>66</sup> Si veda M. Chiavario, *Procedimento d'accusa come procedimento accusatorio?*, in «Giustizia penale», I, 1977, p. 384. Sui caratteri dell'accusa e sulle diverse teorie enunciate in proposito, si veda C. Rossano, *Il procedimento di accusa e la fase innanzi al Parlamento in seduta comune*, in «Giustizia penale», I, 1978, pp. 325 ss. (ove si considera il parlamento come pubblico ministero esercitante un'azione penale per la repressione di reati costituzionali, nell'esercizio di una potestà d'esecuzione costituzionale).

<sup>67</sup> Camera dei deputati-Senato della Repubblica, VII legislatura, Atti della seduta comune del 3-11 marzo 1977, p. 44.

procedere<sup>68</sup> rispetto a un potere di iniziativa processuale che spetterebbe al Comitato e che unirebbe la fase di fronte a esso a quella di fronte alla Corte costituzionale, giurisdizionali entrambe e segnata, la prima, da un nesso finalistico che la inserisce naturalmente, dopo votata l'accusa, nella seconda. La ricostruzione in termini ternari del procedimento vede dunque due momenti caratterizzati da un senso obiettivo e quindi da forme strettamente giurisdizionali, il primo e l'ultimo. Tra di essi si frapporrebbe un momento eminentemente politico e valutativo-volitivo di fronte alle Camere riunite, alla stregua di considerazioni essenzialmente politiche (per quanto basate sulle risultanze dell'attività di raccolta delle prove svolta dal Comitato), nel quale si manifestano nel massimo grado le particolarità essenziali del processo penale costituzionale, per ciò (ma solo per ciò) irriducibile alle forme della giustizia penale comune. Conseguenza e riprova di questa tesi sarebbe l'utilizzabilità di fronte alla Corte del materiale probatorio raccolto dal Comitato, l'inesistenza di un'istruzione necessaria svolta dalla Corte, prima del dibattimento, la configurazione della fase presso il Comitato come vera e propria istruzione del giudizio costituzionale. Gli elementi a supporto di questa tesi, come si vede, non mancano.

Tuttavia, anche la configurazione binaria ha argomenti dalla sua. In primo luogo, si può notare che la fase parlamentare è intrinsecamente diversa da quella del giudizio e che la raccolta delle prove nell'una e nell'altra mirano a scopi differenziati: a fornire i motivi dell'accusa e i motivi della decisione, motivi dunque di atti dal senso qualitativamente non omogeneo. Del resto, la mera circostanza che il Comitato proceda con poteri e in forme di tipo giurisdizionale non è argomento conclusivo, poiché possono esistere organi e procedimenti politici che tuttavia, per esigenze di oggettività e garanzia, sono strutturati in termini giudiziari, come è il caso delle commissioni parlamentari d'inchiesta (alle quali, dal punto di vista dei poteri, è assimilabile il Comitato), commissioni che non sono, per ciò solo, organi della giurisdizione. Assumono quindi significato l'irriducibilità alla giurisdizione dell'organo parlamentare precedente e il fine politico della sua attività<sup>69</sup>.

Sembra inoltre rilevante l'orientamento seguito dal legislatore con la riforma del 1989, il quale ha inteso ricondurre il ruolo del Comitato (e, ancor prima, della Commissione, con la riforma del 1978) a un compito referente nei confronti delle Camere riunite, di cui è testimonianza l'eliminazione dei poteri d'autonoma decisione, nei casi di archiviazione delle *notitiae criminis* per manifesta infondatezza e improcedibilità. Sarebbero, questi, argomenti contro l'autonomia caratterizzazione del Comitato, rispetto alle Camere.

Ciò che si può notare, conclusivamente, è forse una sostanziale incertezza tra la concezione binaria e quella ternaria. Sia l'una che l'altra possono fondarsi su argomenti certamente dotati di peso, ma né l'una né l'altra possiedono l'argomento decisivo. L'ambiguità si manifesta nel modo di concepire l'attività istruttoria<sup>70</sup>. Si oscilla tra questi estremi paradossali: da un lato, sarebbero da configurare come fasi istruttorie sia quelle del Comitato sia quelle della Corte anteriori al

<sup>68</sup> Taormina, *Procedimenti e giudizi d'accusa*, cit., p. 249, il quale tuttavia svolge questa tesi nel senso di concentrare il giudizio tutto quanto di fronte alla Corte costituzionale, valorizzando al massimo grado le attività istruttorie di quest'ultima (*ibidem*, pp. 706, 670 e 760).

<sup>69</sup> Al riguardo, si veda R. Moretti, in «Foro italiano», I, 1979, c. 2196.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

giudizio; dall'altro, non vi sarebbe un'istruttoria vera e propria, e l'acquisizione probatoria avverrebbe esclusivamente nel dibattimento. È un nodo non risolto. Oggi, si potrebbe concludere, vale la configurazione binaria, ma con notevoli attenuazioni, soprattutto circa la proiezione della fase presso il Comitato oltre i confini parlamentari. Sciogliere questo nodo nel senso del giudizio «d'accusa» voluto dalla Costituzione significherebbe, presumibilmente, depotenziare o, meglio, eliminare del tutto la raccolta di prove reversibili nel giudizio, valorizzare il dibattimento come luogo privilegiato ed esclusivo della prospettazione delle prove a opera delle parti e accentuare il ruolo accusatorio dei commissari eletti dal Parlamento al momento dell'accusa. Questa sarebbe la riforma del procedimento penale costituzionale all'interno delle scelte di fondo poste dalla Costituzione, una riforma che implicherebbe di dover mettere mano nella legge n. 20 del 1962, una legge che brilla per l'oscurità della sua impostazione di fondo.



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna

### 1. Sguardo introduttivo

L'art. 75, secondo comma, della Costituzione esclude la possibilità che siano abrogate con referendum le leggi tributarie, di bilancio, di amnistia e indulto e di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali. La legge cost. n. 1 del 1953 (art. 2) ha attribuito alla Corte costituzionale, in aggiunta alle competenze elencate nell'art. 134 della Costituzione, il giudizio di ammissibilità delle domande referendarie, con riguardo alle materie per le quali è prevista l'anzidetta esclusione.

Il secondo comma della stessa legge costituzionale, come già aveva previsto il quinto comma dell'art. 75 della Costituzione, rinvia la determinazione delle modalità di attuazione del referendum e la disciplina del giudizio di ammissibilità a una legge (ordinaria). Tale disciplina è oggi stabilita negli artt. 33 e 34 della legge n. 352 del 25 maggio 1970.

L'aggiunta di questa competenza della Corte costituzionale a quelle originariamente previste dall'art. 134 della Costituzione è espressione di una tendenza all'espansione delle funzioni della Corte costituzionale nei casi in cui appaia necessaria un'istanza neutrale per lo svolgimento di funzioni costituzionali non partigiane, non necessariamente caratterizzate in senso giurisdizionale. Di questa tendenza sono espressione diverse proposte (alcune delle quali già presenti nel dibattito costituente) dirette a conferire alla Corte costituzionale ulteriori competenze. Tra queste, ricordiamo l'accertamento dell'impedimento del presidente della Repubblica nel caso in cui egli stesso non sia in grado di dichiararlo; lo scioglimento delle associazioni vietate dalla Costituzione; il controllo sulla regolarità delle operazioni elettorali nelle elezioni politiche; il giudizio sulle cause di ineleggibilità e di incompatibilità; il giudizio di responsabilità dei magistrati; il controllo sulla democraticità dell'organizzazione dei partiti politici e, più recentemente, il giudizio preventivo sulla legittimità costituzionale delle leggi elettorali. Non che manchino esempi di questo genere nel diritto comparato. Ma il rischio che queste proposte comportano è di trasformare la Corte costituzionale in una specie di autorità indipendente di natura indecifrabile, dotata di un fascio di eterogenee funzioni di giudizio o controllo su atti, persone e comportamenti di persone. La giustizia costituzionale non ne risulterebbe valorizzata, ma snaturata.

Significativo è che, per integrare le competenze della Corte, con l'aggiunta del controllo di ammissibilità del referendum, si sia proceduto con legge costituzionale e non con legge ordinaria. Ciò si spiega ritenendo l'esistenza, in materia, di un'*implicita* riserva di legge costituzionale: *implicita*, perché di tale riserva non c'è traccia nella Costituzione, in particolare nell'art. 137 che tratta dell'ordine delle fonti in materia di giustizia costituzionale. Anzi, il silenzio su questo punto fa propendere per l'idea che non di legge costituzionale si tratti ma, più propriamente, di legge di revisione costituzionale: ogni incremento di competenze non è da intendere come una mera aggiunta, ma come una trasformazione, cioè un'alterazione della Costituzione. In ogni caso, la necessità della fonte costituzionale dovrebbe proteggere la Corte dai pericoli di scriteriate manipolazioni, in crescendo, delle sue funzioni.

L'opportunità di alzare le difese contro gli inquinamenti dell'idea originaria di giustizia costituzionale è testimoniata proprio dalle conseguenze nefaste che l'aggiunta della competenza in questione ha comportato per la Corte costituzionale e per la sua autorità. In occasione della maggior parte delle decisioni assunte nella materia referendaria, essa è stata trascinata nel mezzo di forti tensioni politiche, apparendo ora agli uni ora agli altri (pro o contro i referendum) mossa da interessi di parte. Il referendum innesca logiche dualiste – sì o no; di qua o di là – alle quali la Corte non può sottrarsi, non disponendo in questa sede di quegli strumenti di decisione duttile ch'essa ha nel suo armamentario, per esempio, nel giudizio sulle leggi.

## 2. Il procedimento

Il procedimento davanti alla Corte ha inizio con la comunicazione al suo presidente dell'ordinanza con la quale l'*Ufficio centrale per il referendum* costituito presso la Corte di cassazione (art. 12 della l. n. 352 del 1970) ha affermato la legittimità dell'iniziativa referendaria sotto tutti i possibili punti di vista, esclusi quelli attinenti alla sua ammissibilità costituzionale (dunque: la vigenza della legge oggetto dell'iniziativa, l'autenticità delle firme, la validità delle delibere regionali, il raggiungimento del quorum richiesto ecc., secondo quanto disposto dall'art. 32, secondo comma, della l. n. 352). La fase di controllo che si svolge di fronte all'Ufficio centrale, per quanto il procedimento di cui fa parte debba essere considerato in maniera unitaria, è totalmente distinta da quella successiva, di fronte alla Corte costituzionale. Non è dunque più possibile, in questo secondo momento, ritornare sulle determinazioni assunte nel precedente (sent. nn. 10 del 1972; 35 del 1985; e, da ultimo, 174 del 2011 e 16 del 2016). Alla Corte «spetta [...] prendere soltanto atto della giuridica esistenza del provvedimento (positivo)» dell'Ufficio centrale (sent. n. 63 del 1990). Data l'autonomia dei due momenti, nemmeno nel caso di provvedimento negativo (perché l'iniziativa referendaria risulta illegittima o il suo svolgimento precluso dal sopravvenire, nel corso del procedimento, di una nuova disciplina legislativa), si potrebbe aprire una fase di riesame: in tali ipotesi, infatti, alla Corte costituzionale non residua «[più] alcuno spazio per interloquire essendo suo compito esclusivo quello di valutare



l'ammissibilità o meno dei quesiti quali ad essa pervengono dal suddetto Ufficio centrale» (sent. n. 16 del 1997; da ultimo, n. 16 del 2016, ove la Corte ha infatti dichiarato l'estinzione del giudizio di ammissibilità). Ciò, però, non pregiudica la possibilità che la Corte sia adita in sede di giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri avverso il provvedimento negativo, quando dall'illegittimità del provvedimento derivi una lesione della sfera di attribuzioni dei promotori del quesito referendario<sup>1</sup> (ciò che potrebbe verificarsi specialmente a proposito del carattere «sufficientemente modificativo» di un'eventuale legge che sostituisse quella sulla quale il referendum è stato richiesto).

Per quanto si tratti di due fasi distinte, non è escluso che il procedimento giunto davanti alla Corte possa ritornare davanti all'Ufficio centrale, quando si tratti di integrare le sue valutazioni. Così è accaduto che la Corte, ammettendo la richiesta referendaria, ne abbia «stralciato» un articolo di dubbia vigenza attuale, in attesa di una pronuncia esplicita sul punto, da parte dell'Ufficio centrale (sent. nn. 22 e 48 del 1981, a proposito di una possibile avvenuta abrogazione; n. 251 del 1975, a proposito della, nel frattempo intervenuta, dichiarazione d'incostituzionalità della norma sottoposta a referendum).

*Margini di sovrapposizione tra i due giudizi.* Dall'elenco meramente esemplificativo delle competenze attribuite all'Ufficio centrale per il referendum sopra esposto, risulta che le attribuzioni di quest'ultimo – a parte il controllo circa le sottoscrizioni della richiesta – attengono alla verifica integrale della regolarità nella formulazione del quesito referendario, esclusi soltanto i diversi profili della sua ammissibilità costituzionale. Tuttavia, esistono margini di possibile sovrapposizione tra le valutazioni cui sono chiamati l'Ufficio centrale e la Corte costituzionale, alla stregua dei criteri di ammissibilità da questa stessa elaborati (su cui *infra*, pp. 379 ss.). Si consideri il *potere di concentrazione* delle richieste quando queste presentino profili di uniformità o analogia di materia; o il *potere di separazione* degli stessi, quando sia ritenuto improprio l'accorpamento; il *potere di correzione e di rettifica* per irregolarità formali, che si è esteso fino all'integrazione del quesito proposto; il *potere di determinare la denominazione* del quesito (compito aggiunto dall'art. 1 della l. n. 173 del 1997); il *potere di valutare la capacità delle leggi abrogative*, sopravvenute durante il procedimento referendario, di far cessare le relative operazioni; infine, il *potere* (derivante dall'innovativa interpretazione dell'art. 39 della l. n. 352, data con la sent. n. 68 del 1978) *di trasferire d'ufficio il quesito* dalla prima legge a quella successiva, quando quest'ultima introduca una normativa priva di sostanziali modifiche rispetto alla precedente. Tutti poteri il cui esercizio, qualora esercitato con larghezza, potrebbe interferire con il giudizio di ammissibilità di competenza della Corte costituzionale, dal punto di vista dei requisiti della chiarezza, omogeneità, coerenza e completezza del quesito.

Il presidente della Corte fissa il giorno della riunione della Corte in camera di consiglio per la deliberazione, non oltre il 20 gennaio dell'anno

<sup>1</sup> A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 464, con la precisazione che il conflitto, riguardando decisioni giudiziarie, è ammissibile nei limiti in cui esso non vale come pura e semplice censura, cioè come appello, contro la decisione presa dall'Ufficio centrale.

successivo a quello in cui l'Ufficio centrale si è pronunciato (il che, secondo l'art. 32 u.c., deve avvenire non oltre il 15 dicembre dell'anno precedente).

La Corte costituzionale decide, con sentenza da pubblicarsi entro il 10 febbraio, quali tra le richieste presentate siano ammesse e quali respinte, perché contrarie al secondo comma dell'art. 75 della Costituzione.

Della sentenza, entro cinque giorni dalla sua pubblicazione nella cancelleria della Corte, è data comunicazione al presidente della Repubblica (al quale, su iniziativa del governo, spetta indire le votazioni in una domenica compresa tra il 15 aprile e il 15 giugno successivi), ai presidenti delle due Camere, al presidente del Consiglio dei ministri, all'Ufficio centrale per il referendum, nonché ai delegati o ai presentatori dell'iniziativa referendaria. Entro lo stesso termine, la sentenza è pubblicata sulla «Gazzetta ufficiale».

Il controllo sull'ammissibilità delle richieste ha dunque il carattere di necessaria e officiosa «fase» interna al più complesso procedimento referendario. Non esistendo né un'azione né una domanda, si comprende come all'esercizio di questa competenza della Corte costituzionale – la quale pure è potenziale giudice *a quo* (*supra*, pp. 106 ss.), anche nell'esercizio di questa competenza – siano estranee le categorie del diritto processuale generale che hanno a che vedere con questi caratteri della giurisdizione: in particolare, i concetti di parte, di interesse processuale, di giudicato ecc. La pronuncia della Corte non concerne alcuna situazione soggettiva ma si limita ad arrestare o lasciar proseguire un procedimento totalmente «di diritto oggettivo». L'oggetto della pronuncia non è, infatti, il diritto (o l'interesse) di chicchessia all'esito positivo (o negativo) del controllo e, quindi, allo svolgimento (o all'impedimento) del referendum. Tali diritti o interessi dovrebbero rimanere solo sullo sfondo e non emergere come oggetto primario della pronuncia. Le formule dei dispositivi delle pronunce della Corte sono, infatti, «ammette» oppure «dichiara inammissibile» la richiesta di referendum, non «dichiara fondata o infondata» la pretesa dei promotori allo svolgimento del referendum. Perciò, sebbene si sottolinei talora l'esistenza di una qualche analogia con i conflitti di attribuzione (qui: tra il corpo elettorale e il legislatore)<sup>2</sup>, il procedimento non ha nulla in comune con quello sui conflitti, che è un giudizio di parti.

### 3. Gli interventi nel procedimento

Come si è detto, in quanto procedimento di controllo e non giudizio in senso proprio, lo svolgimento del procedimento referendario non prevede alcuna costituzione di parti, né il suo svolgimento potrebbe dipendere da loro eventuali iniziative.

Tuttavia, sia i soggetti titolari dell'iniziativa nel referendum (i «delegati» a nome delle cinque Regioni o i «presentatori» a nome dei cin-

<sup>2</sup> A. Pizzorusso, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino e R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. XXIX, Bologna-Roma, Zanichelli, 1983, p. 133.

quecentomila elettori), sia il governo sono abilitati a depositare presso la Corte memorie circa l'ammissibilità della richiesta, non oltre tre giorni prima della data fissata per la deliberazione in camera di consiglio (art. 33, terzo comma). A questo fine, ai delegati, ai presentatori e al governo è data comunicazione della fissazione della riunione della Corte, stabilita per la decisione (art. 33, secondo comma).

Senza che nessuna norma preveda questa possibilità, la prassi si è poi orientata (sin dalla sent. n. 16 del 1978), nel senso che i soggetti che hanno presentato memorie sono ammessi a illustrarle oralmente: pur essendo le esigenze di contraddittorio, previste dall'art. 33, già pienamente soddisfatte dal deposito delle memorie, il silenzio serbato dalla legge – ha precisato la Corte – non vale come divieto alla possibilità che i presentatori delle memorie stesse siano uditi, così da dare accesso a ulteriori argomentazioni rilevanti ai fini del decidere, in vista dell'«integrazione del contraddittorio» (sent. n. 31 del 2000).

Le regole che si sono ricordate e la loro originaria interpretazione restrittiva si giustificano in base alla natura rigorosamente oggettiva del procedimento di controllo<sup>3</sup>, un procedimento che si attiva automaticamente quale mera conseguenza della comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale e del tutto indipendentemente dall'interesse di soggetti esterni. A differenza di quanto vale negli altri giudizi innanzi alla Corte costituzionale, la costituzione di parti non è ammessa, né il deposito di memorie fa assumere ai depositanti la posizione di parte (sent. n. 31 del 2000). La discussione dinanzi alla Corte, inoltre, deve essere circoscritta alle ragioni dell'ammissibilità o dell'inammissibilità del quesito – cioè, deve riguardare l'uso legittimo dello strumento referendario –, lasciando fuori le ragioni e gli interessi di merito legislativo che muovono l'iniziativa referendaria. Da questi spunti, si deduceva la limitazione del contraddittorio ai soli soggetti indicati nell'art. 33 della legge n. 352 e l'esclusione dell'intervento di soggetti diversi, portatori di interessi diffusi, meritevoli di tutela, cui, ovviamente, deve riconoscersi la più ampia possibilità di far valere i propri punti di vista di merito, ma solo dopo che il referendum sia stato ammesso, cioè nella campagna di opinione che ne segue.

A partire dalla sentenza n. 31 del 2000, tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale si apre a una possibilità in precedenza sconosciuta: le esigenze di oggettività del procedimento referendario non escludono che, per le stesse motivazioni che hanno indotto la Corte a permettere ai delegati o presentatori della richiesta referendaria e al presidente del Consiglio dei ministri l'illustrazione dei loro scritti, possa essere consentito l'ingresso di memorie provenienti da altri soggetti, e tuttavia interessati alla decisione sull'ammissibilità delle richieste referendarie. Ciò al fine di assicurare l'accesso a «contributi contenenti argomentazioni ulteriori rispetto a

<sup>3</sup> In questo senso, con riferimento al carattere della decisione della Corte, «rigorosamente ancorata a valutazioni oggettive», V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*. II: *L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, Cedam, 1984, p. 479. *Contra*, nel senso dell'apertura agli interessi diffusi, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2 voll., IX ed., Padova, Cedam, vol. II, 1976, pp. 847 s.

quelle altrimenti a disposizione della Corte» (sent. n. 45 del 2005), in un procedimento, come quello referendario, «teso a far valere i limiti obiettivi di ammissibilità del *referendum* risultanti dalla Costituzione, e non a giudicare su posizioni soggettive di parte». A condizione, tuttavia, che «non si pregiudichi lo svolgimento del controllo di ammissibilità che deve tenersi, e concludersi, secondo una scansione temporale definita» (sent. n. 31 del 2000). Ciò non si traduce comunque in un diritto di tali soggetti di partecipare al procedimento e di illustrare in camera di consiglio le proprie deduzioni, ma comporta la possibilità, valutata di volta in volta dalla Corte, di brevi integrazioni orali degli scritti, prima che i soggetti di cui all'art. 33 illustrino oralmente le proprie posizioni (da ultimo, sent. nn. 5 del 2015; 13 del 2012; 24 e 28 del 2011).

#### 4. Esame autonomo, richiesta per richiesta

Il controllo della Corte si svolge su ciascuna richiesta, valutata in sé e per sé. Ciò assume importanza, quando vi siano più domande referendarie concernenti la medesima legge.

È il caso, per esempio, delle quattro richieste referendarie aventi a oggetto la disciplina del servizio pubblico idrico su cui la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 24 del 2011: il quesito n. 1 riguardava la disciplina generale delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra i quali rientra il servizio idrico integrato; i quesiti nn. 2, 3 e 4 la disciplina delle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico.

La Corte ha precisato, in conformità con la sua precedente giurisprudenza, che non le è consentito mutare i quesiti, eliderli o manipolarli, onde fare chiarezza ed evitare i rischi di risultati referendari contraddittori e quindi politicamente inintelligibili. Il potere attribuito dalla legge all'Ufficio centrale di «concentrare» le richieste referendarie che rivelano uniformità o analogia di materia e di stabilire la denominazione di ciascuna richiesta, nonché la possibilità che le varie richieste presentate perseguano obiettivi diversi (anche opposti), stanno a significare che esula dai compiti della Corte «ogni valutazione circa la complessiva coerenza dei diversi quesiti incidenti sulla stessa materia», che essa «deve valutare ciascun quesito indipendentemente dagli altri e, in particolare, dagli effetti che l'esito degli altri referendum potrebbe avere sulla cosiddetta normativa di risulta» e che «non ha alcun rilievo neppure l'eventualità che essi [i quesiti] siano stati proposti (in tutto o in parte) dai medesimi promotori».

Ne consegue che l'esame separato di ciascun quesito prescinde dal contesto in cui i singoli quesiti referendari si collocano e che le condizioni di ammissibilità devono essere adempiute singolarmente da ciascuno di essi, e non cumulativamente (sent. nn. 24 e 25 del 2011).

Si pensi a un esito del voto nei referendum concernenti la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, a seguito del quale si fosse approvata sia la domanda «radicale», che mirava alla liberalizzazione piena dell'aborto, sia la domanda

«massimale», che mirava invece a ripristinare la repressione penale attraverso l'abrogazione di tutte le clausole depenalizzatrici. Nella sentenza n. 26 del 1981, la Corte ha ritenuto che a questi rischi non potesse ovviare essa stessa, ma dovesse ovviare la maturità politica degli elettori, cosa che effettivamente avvenne non essendosi giunti all'approvazione referendaria né dell'una, né dell'altra iniziativa.

## 5. Cause di inammissibilità al di là della lettera dell'art. 75

Il già ricordato art. 2 della legge cost. n. 1 del 1953 circoscrive il giudizio della Corte costituzionale alla valutazione dell'ammissibilità della richiesta di referendum rispetto alle (sole) clausole limitative previste dall'art. 75 della Costituzione.

Nelle prime pronunce (sent. nn. 10 del 1972 e 251 del 1975) la Corte costituzionale si è attenuta a questa indicazione, traendone un criterio rigidamente restrittivo e limitandosi a verificare se i quesiti riguardassero qualcuna delle materie escluse dal referendum. Ma, a partire dall'importante sentenza n. 16 del 1978, ha ritenuto l'esistenza di «cause inesprese» di inammissibilità, ricavabili dalle stesse indicazioni dell'art. 75 e dalla «natura» del referendum come istituto costituzionale, dando origine a una giurisprudenza costituzionale che ha colmato, sebbene in maniera imprevedibile e spesso contraddittoria, lo scarno quadro previsto dalla disposizione costituzionale. Si è detto, e non a torto, che, con questa decisione straordinariamente costruttivista, la Corte ha riscritto l'art. 75 della Costituzione e che, in questo senso, si è trattato di una «sentenza costituyente».

### 5.1. Cause d'inammissibilità che attengono all'oggetto

Alla luce di un'interpretazione logico-sistematica dell'art. 75, che tiene conto dei nessi con altre componenti della disciplina costituzionale del referendum abrogativo, le ulteriori ragioni di inammissibilità per ragioni di oggetto del quesito referendario sono state individuate come segue.

1) Esistenza di un così «*stretto collegamento*» degli effetti prodotti dalle disposizioni di cui è richiesto il referendum con l'ambito di operatività delle leggi espressamente indicate dall'art. 75, che la preclusione «deve ritenersi sottintesa» (sent. n. 16 del 1978).

Conformemente alla formula riportata, si sono ritenute escluse dal referendum: *a*) con riguardo alla materia tributaria, tutte le norme che disciplinano «il rapporto tributario nel suo insieme», vale a dire che riguardano tanto il «momento costitutivo» dell'imposizione quanto il «momento dinamico» del rapporto, cioè l'accertamento e la riscossione del tributo, con la precisazione che il criterio dello «stretto collegamento» non consente di sottrarre a referendum qualunque legge di spesa (sent. n. 2 del 1994), né di ritenere attratta nella nozione di legge di bilancio una legge solo perché «persegua obiettivi o produca effetti di contenimento della spesa pubblica in vista del riequilibrio del bilancio statale» (sent. n. 12 del 2014, ove la Corte afferma che, a ritenere diversamente, si finirebbe «per impedire il

referendum su qualunque legge capace di produrre effetti sulle finanze pubbliche, e cioè in definitiva sulla quasi totalità degli atti legislativi»; e sent. n. 6 del 2015, ove, pur ribadendo la suddetta precisazione, afferma che il collegamento alla legge di bilancio, agli effetti dell'inammissibilità del referendum, ben può riferirsi «anche a provvedimenti a detta legge successivi, ove formalmente e sostanzialmente correttivi o integrativi della stessa, che si rendano necessari per l'equilibrio della manovra finanziaria»); *b*) con riguardo alle leggi d'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, le leggi di esecuzione dei trattati internazionali e le leggi attuative e produttive di effetti strettamente collegati all'ambito di operatività dei trattati: l'eventuale abrogazione di tali leggi esporrebbe, infatti, lo Stato a responsabilità di diritto internazionale [nella sent. n. 30 del 1981, in materia di sostanze stupefacenti, la Corte ha precisato che la preclusione riguarda le sole norme per le quali non sia previsto dal trattato alcun margine di discrezionalità legislativa quanto alla loro esistenza e al loro contenuto. In materia, si vedano anche le sent. nn. 31 del 1981 (in tema di produzione di energia tramite centrali nucleari), 25 del 1987 (nella stessa materia della precedente), n. 63 del 1990 (in materia di caccia) e n. 27 del 1997 (ancora in materia di sostanze stupefacenti)].

2) Esistenza di uno stretto rapporto tra le norme di legge ordinaria e le norme costituzionali, cosicché, con l'abrogazione delle prime, si tenda ad «abrogare del tutto o in parte la Costituzione, le leggi costituzionali, le altre leggi costituzionali considerate dall'art. 138 della Costituzione, come pure gli atti legislativi dotati di una forza passiva peculiare» (sent. n. 16 del 1978). Questa causa di esclusione deriva per deduzione logica dalla circostanza che il referendum è previsto soltanto per l'abrogazione delle norme di rango primario e non costituzionale.

Questa causa d'inammissibilità è stata utilizzata (sent. n. 16 del 1978) con riferimento alle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi (l. n. 810 del 1929): la loro resistenza all'abrogazione referendaria discende dal fatto che, in forza dell'art. 7 della Costituzione, esse possono essere modificate solo previo accordo tra le parti (in caso di modifica unilaterale, si deve procedere col procedimento di revisione costituzionale). Si consideri che l'inammissibilità di un quesito referendario avente a oggetto queste norme deriverebbe altresì da quanto osservato al punto 1, dato lo stretto collegamento tra l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione dei Patti in quanto accordi di diritto internazionale.

3) Contenuto costituzionalmente obbligatorio della legge di cui si chiede l'abrogazione referendaria, tale che «il [suo] nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)» (sent. n. 16 del 1978). Si tratta di una specificazione del divieto indicato al punto precedente. Nella sentenza citata, era posta con chiarezza la distinzione tra le *leggi a contenuto costituzionalmente vincolato* (escluse dal referendum) e le leggi solo *costituzionalmente necessarie* (ammesse al referendum). L'evoluzione giurisprudenziale, tuttavia, ha annacquato le rispettive connotazioni. Per cui leggi, qualificate in astratto solo come costituzionalmente necessarie, in quanto idonee a realizzare una fra le tante possibili soluzioni normative attuative della Costituzione, sono state escluse dal referendum, estendendo a queste, di fatto, lo stesso trat-

tamento che si voleva riservare alle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato. È il caso delle leggi la cui abrogazione per via referendaria priverebbe totalmente di efficacia un principio costituzionale o farebbe venir meno un organo previsto dalla Costituzione, lasciando privo di attuazione il principio o rendendo incapace di funzionare l'organo.

Tal genere di argomentazioni si trova ormai largamente utilizzato in funzione antireferendaria.

*a)* Nella sentenza n. 17 del 1997, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del quesito referendario avente a oggetto la legge istitutiva del ministero della Sanità: una legge costituzionalmente necessaria, nel senso che incarna una delle possibili attuazioni normative del diritto alla salute (e, quindi, di per sé suscettibile di abrogazione referendaria), la cui abrogazione, però, avrebbe determinato, «attraverso la soppressione di un intero Ministero, [la] eliminazione di funzioni che [sono] costituzionalmente necessarie, e come tali non poss[on]o essere soppresse senza con ciò stesso ledere principi costituzionali». Alle stesse conclusioni la Corte è giunta nella sentenza n. 45 del 2005, in materia di procreazione medicalmente assistita, con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità della richiesta di abrogazione dell'intera legge n. 40 del 2004, in quanto «prima legislazione organica» relativa a un delicato settore, che «indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicurino un livello minimo di tutela legislativa». Si consideri, infatti, che nella stessa tornata referendaria è stata invece dichiarata l'ammissibilità di altri quesiti proposti sulla stessa legge n. 40 del 2004, sulla constatazione che, riguardando «aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa, [...] la loro abrogazione non [avrebbe comportato] il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria» (sent. nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005).

*b)* Sulla scia delle considerazioni elaborate con riguardo alle leggi costituzionalmente necessarie, la Corte ha anche escluso l'ammissibilità di quesiti referendari aventi a oggetto leggi attuative di direttive comunitarie (sent. nn. 64 del 1990 e 36 del 1997). Se il loro contenuto, nell'ambito dell'attuazione del diritto comunitario, è frutto della discrezionalità del legislatore, non lo è la loro esistenza: la mera abrogazione di siffatte norme esporrebbe, infatti, lo Stato italiano al rischio di inadempienza nei confronti di obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario. E al medesimo rischio si esporrebbe lo Stato qualora venisse abrogata per via referendaria una norma interna di per sé non attuativa della direttiva comunitaria, in quanto a essa cronologicamente precedente, ma sufficiente, in pendenza del termine di adeguamento, a soddisfare, anche solo parzialmente, lo standard minimo di disciplina dalla stessa richiesto: in tali particolari circostanze, nello Stato in cui esistono norme idonee a determinare «una situazione di anticipata conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario», «l'ordinamento interno – se può, nel rispetto delle scelte di fondo della normativa comunitaria, modificare le garanzie esistenti – sicuramente non può rimuoverle del tutto senza violare gli obblighi nascenti dalla direttiva» (sent. nn. 41 e 45 del 2000, entrambe in materia di rapporti di lavoro a tempo parziale).

*c)* Infine, con riguardo alle leggi elettorali – leggi costituzionalmente necessarie –, la Corte ha ritenuto di dover condizionare l'ammissibilità del referendum che le riguarda alla possibilità che sia individuabile una normativa residuale idonea a evitare il vuoto normativo e a consentire in ogni momento il rinnovo dell'organo elettivo, senza correre il rischio di paralizzare il rinnovo della rappresentanza, rischio esiziale per la democrazia. Nella prima decisione in materia (sent. n. 29

del 1987, relativamente al sistema di elezione dei membri del CSM), la Corte ha posto le basi per una serie di precisazioni che hanno indotto parte della dottrina a riconoscere alle leggi elettorali, almeno dal punto di vista del giudizio di ammissibilità del referendum, una sorta di statuto speciale (*infra*, pp. 392-393).

Per quanto s'è detto, a ben vedere, l'inammissibilità del referendum avente a oggetto disposizioni (costituzionalmente o comunitariamente) necessarie non discende dalla natura della legge, ma dalla valutazione circa l'idoneità o l'inidoneità della normativa «di risulta» a soddisfare, in attesa di un intervento legislativo, il contenuto minimo disposto dalla Costituzione o dall'ordinamento comunitario. Il divieto di mera ablazione assume così un carattere relativo: qualora il quesito fosse formulato in modo tale che dall'eventuale esito positivo della consultazione residuasse una disciplina comunque non inadeguata alle prescrizioni costituzionali o comunitarie, l'abrogazione, ancorché referendaria, dovrebbe dirsi ammissibile.

## 5.2. Cause d'inammissibilità che attengono alla formulazione della domanda

Alle ragioni d'inammissibilità relative all'atto, si aggiungono ragioni relative alla domanda. Anche qui si tratta di elaborazione giurisprudenziale che, ancora una volta, trova la sua origine nella sentenza n. 16 del 1978. La Corte apre la strada per la costruzione di questa categoria di limiti con una precisa strategia retorica: osservato che «l'attuale ordinamento del referendum è contraddistinto da gravi insufficienze e antinomie», trae la «ovvia» conseguenza che il suo potere di controllo «non può arrestarsi di fronte alla constatazione delle carenze o delle lacune della l. n. 352 del 1970». Quali sono le lacune e le carenze denunciate? Sono quelle che, senza un intervento correttivo della Corte, permetterebbero l'appello abusivo alla democrazia diretta: «Se è vero che il referendum non è fine a se stesso, ma tramite della sovranità popolare, occorre che i quesiti posti agli elettori siano tali da esaltare e non da coartare le loro possibilità di scelta». Pertanto, sono inammissibili i quesiti referendari che si discostano «in modo manifesto e arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare». Ecco dunque l'espressione-chiave: «genuinità» dell'espressione della volontà popolare.

1) *Omogeneità*. Affinché l'espressione della volontà popolare possa dirsi «genuina», occorre innanzitutto che la richiesta di referendum non «contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una *matrice razionalmente unitaria*, da non poter venir ricondotta alla logica dell'art. 75 Cost.». Si trattava, nella specie, di una domanda d'abrogazione, in un colpo solo, di 97 articoli del codice penale. L'elettore, davanti all'alternativa sì/no nei confronti dell'intera domanda, non sarebbe stato in condizione di manifestare in maniera differenziata la sua volontà: «è manifesto – dice la Corte – che il voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insu-



scettibili di essere ridotte a unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso (in violazione degli artt. 1 e 48 Cost.)». La Corte, ponendo il limite dell'omogeneità, si preoccupa di evitare una deriva antidemocratica<sup>4</sup>, cioè del possibile mutamento di natura del referendum, da espressione di democrazia ad arma di politica demagogica: «uno strumento essenziale di democrazia diretta, quale il referendum abrogativo, non può [...] essere trasformato – insindacabilmente – in un distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengono in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia, nei confronti di complessive inscindibili scelte politiche dei partiti o dei gruppi organizzati che abbiano assunto e sostenuto iniziative referendarie».

2) *Chiarezza*. L'argomentazione circa l'omogeneità, nella sentenza n. 16 del 1978, rientra nel più generale discorso circa la necessità di quesiti «formati in termini semplici e chiari», sempre al fine di proteggere la «genuinità» e la libertà del voto degli elettori. Questa generica esigenza si è via via arricchita di contenuti: *dall'omogeneità alla completezza, alla chiarezza e semplicità, all'univocità, alla coerenza del quesito referendario*.

Al requisito dell'omogeneità è stato assimilato quello della completezza: la mancata richiesta di abrogazione di disposizioni, o anche di «porzioni normative brevissime» (sent. n. 47 del 1991) dettate nel medesimo contesto normativo e indissolubilmente legate a quelle che si vorrebbero sopprimere (come i semplici rinvii a queste ultime), può «confondere» e quindi limitare la libertà di voto dell'elettore (sent. nn. 27 e 28 del 1981). La «matrice razionalmente unitaria», richiesta nella sentenza n. 16 del 1978, era una derivazione dall'esigenza di chiarezza. Allora, questa esigenza comportava che il quesito non contenesse norme disomogenee; ora, richiede ch'esso contenga tutte le norme omogenee. Dall'inammissibilità per eccesso, si passa così all'inammissibilità per difetto<sup>5</sup>.

L'esigenza di chiarezza del quesito referendario è poi fatta dipendere non più solo dall'omogeneità e dalla completezza, ma anche dalla possibilità che la «matrice razionalmente unitaria» sia immediatamente intellegibile all'elettore. Ciò si traduce nel requisito dell'«evidenza del fine intrinseco della domanda», in tutti i casi in cui il «fine intrinseco» non si riduce alla pura e semplice eliminazione della legge. Così la sentenza n. 29 del 1987, in materia elettorale: «Come il legislatore rappresentativo ispira e coordina la sua volontà a un oggetto puntuale, così la volontà popolare deve potersi ispirare a una *ratio* altrettanto puntuale. Il quesito referendario è dotato di siffatta *ratio* quando in esso sia incorporata l'evidenza del fine intrinseco dell'atto abrogativo». L'elettore deve dunque avere davanti a sé, chiaro e univoco («incorporato» nel quesito), l'obiettivo che l'abrogazione referendaria intende perseguire.

<sup>4</sup> M. Luciani, *La formazione delle leggi*, t. I/2, *Il referendum abrogativo*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 403 ss., e ivi il passaggio dall'omogeneità, alla chiarezza-completeness e alla chiarezza.

<sup>5</sup> A. Chimenti, *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

La sentenza ora citata applica il principio della «incorporazione dell'evidenza del fine» a una richiesta di referendum su legge elettorale, affermando che «dinanzi a una norma elettorale la pura e semplice proposta di cancellazione [...] non è teleologicamente significativa. L'ampia gamma di sistemi elettorali, la loro modulazione e ibridazione, impedisce [*sic*] che si instauri l'alternativa tra l'oggetto di cui si vuole l'eliminazione e il suo contrario». Il che, a seguire questo modo di argomentare, sembra davvero un'esagerazione: il referendum, infatti, sarebbe ammissibile solo quando si sia in un contesto dicotomico, dove *tertium non datur*.

La Corte, così, richiede che debba essere evidente l'alternativa che si apre tra «quella normativa» di cui si chiede l'abrogazione e «quell'altra normativa» che si vuole ne prenda il posto, la quale, non potendo essere posta col referendum, deve sgorgare naturalmente dall'ordinamento. La sentenza ora citata apre dunque nuove prospettive di inammissibilità, nelle quali assumono rilevanza la cosiddetta «normativa di risulta» e «l'intento referendario», sempre sotto il profilo della chiarezza del quesito. Questo intreccio, affermato originariamente con riferimento a quesiti in materia elettorale (sent. n. 29 del 1987 e n. 47 del 1991), ha assunto portata generale (sent. n. 29 del 1993; n. 40 del 1997; n. 24 del 2011), inducendo all'ulteriore elaborazione del requisito della *congruità fra intento referendario, formulazione del quesito e potenziale esito del referendum*.

Corollario di questo sviluppo giurisprudenziale è stata l'acquisizione, da parte del referendum, che il Costituente volle solo abrogativo, di un significato paranormativo, sia pure attraverso il mezzo tecnico dell'abrogazione che libera potenzialità interne all'ordinamento. In altri termini, l'abrogazione, da finalità, è diventata mezzo. La finalità diventa normativo-emendativa. L'elettore non è chiamato a rispondere alla sola domanda se vuole mantenere una normativa, ma se, attraverso l'abrogazione, ne vuole anche una diversa da quella precedente. Questo, che è uno stravolgimento, si è realizzato con la «buona intenzione» di valorizzare la chiarezza del referendum. L'effetto indotto è l'oscurità dei requisiti richiesti per la sua ammissibilità e l'estrema tortuosità della stessa giurisprudenza applicativa dei criteri di valutazione della legittimità delle iniziative referendarie.

Tali tortuosità nell'argomentazione e, per certi versi, non linearità all'interno della stessa giurisprudenza costituzionale emergono ancora da alcune recenti pronunce, ove la completezza del quesito (ossia, l'indicazione di tutte le disposizioni omogenee) si traduce ugualmente in una sua inammissibilità: tra gli altri, per difetto di omogeneità, in quanto l'atto referendario, pur vertendo su un complesso di atti distinti, ma legati da un nesso, «non consente di scindere il quesito e quindi non offre possibilità di soluzioni intermedie tra il rifiuto e l'accettazione integrale della proposta abrogativa» (si tratta della sent. n. 12 del 2014, in materia di riorganizzazione degli uffici giudiziari); per difetto di univocità e di omogeneità, non potendo dipendere la sussistenza di tali requisiti «esclusivamente dalla compresenza nel medesimo testo normativo, e persino nella medesima disposizione, di più norme», ma imponendosi al contrario la necessità di verificare se le norme siano espressione di una matrice razionalmente unitaria o siano piuttosto espressione di ipotesi differenti (si tratta della sent. n. 26 del 2017, in materia di regime di garanzia del lavoratore illegittimamente licenziato). In entrambi i casi, la pluralità delle disposizioni costituenti il quesito, sebbene

legate da un nesso o incorporate nel medesimo testo normativo, coarterebbe la libertà di voto dell'elettore, chiamato a votare unitariamente su ipotesi differenti.

## 6. La rilevanza della normativa di risulta

Si è già accennato alle diverse occasioni in cui la «normativa di risulta» assume rilevanza nel giudizio di ammissibilità del referendum: quando si tratta di leggi necessarie, per ragioni costituzionali, internazionali o comunitarie; e quando si deve valutare il rapporto di congruità fra intento referendario, formulazione del quesito e risultato normativo conseguibile con l'abrogazione della legge. La «normativa di risulta», in questi casi (quando non basta la semplice eliminazione della legge), deve dunque essere presa in considerazione innanzitutto dai promotori, perché poi la Corte, in sede di ammissibilità, ne terrà conto tutte le volte in cui da questa possa derivare «un significativo inadempimento di specifici e inderogabili obblighi internazionali, comunitari o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione» (sent. n. 24 del 2011), oppure una contraddizione rispetto all'intento «incorporato» nella domanda referendaria (sent. n. 40 del 1997). Tale «tenerne conto» non equivale peraltro a «un pieno e approfondito scrutinio di legittimità costituzionale», ma significa «una mera valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali» (sent. n. 24 del 2011).

La Corte entra dunque a considerare gli effetti potenziali dell'abrogazione referendaria, ma ciò al solo fine del controllo di ammissibilità del referendum, non al fine di un giudizio (anticipato e virtuale) sulla costituzionalità della normativa «di risulta», quale si svolge nei giudizi sulle leggi. Questa distinzione, che taluno ha criticato come formalistica<sup>6</sup>, è necessaria per evitare confusioni tra procedimenti e per rispettarne le caratteristiche proprie: officioso, preventivo, ipotetico e «senza parti», il primo; su ricorso incidentale, successivo, concreto e con la (possibile) presenza di parti, il secondo. La giurisprudenza (a partire dalle sent. nn. 10 del 1972 e 251 del 1975) è ferma su questa separazione. Per esempio la sentenza n. 26 del 1987, che ha ammesso il referendum sulla responsabilità civile dei magistrati, pur segnalando l'eventualità che la normativa di risulta, in assenza d'intervento del legislatore, potesse incorrere in vizi d'incostituzionalità, ha negato che questa circostanza potesse «essere presa in considerazione e vagliata al fine di pervenire a una pronuncia di inammissibilità del quesito referendario», tanto più che la conseguente situazione normativa avrebbe potuto «dar luogo, se e quando si [fosse realizzata], a un giudizio di legittimità costituzionale, nelle forme, alle condizioni e nei limiti previsti» (analogamente, sent. nn. 45 del 2000; 17 del 2016 e 27 del 2017).

La distinzione, chiara in teoria, lo è assai meno in pratica, soprattutto quando si ha a che fare con «obblighi imposti dalla Costituzione». In questi casi, è difficile dire dove finisce il controllo ai fini del giudizio di inammissibilità, e dove inizia il controllo di costituzionalità della legge. Le sentenze n. 26 del 1981 e n. 35 del 1997, speculari l'una all'altra, sono espressive di questa difficoltà. Nella sentenza

<sup>6</sup> F. Lanchester, *Il referendum elettorale: tra l'infanticidio e il miracolo di Lazzaro*, in «Rivista Federalismi.it», 2011, n. 18.

n. 27 del 1975, la Corte costituzionale, nel dichiarare incostituzionale la norma del codice penale che prevedeva l'interruzione volontaria della gravidanza come reato, aveva stabilito che, dalla Costituzione, risultano due beni oggetto di protezione: la salute psicofisica della donna e la vita del nascituro. Con sentenza del 1981, si dichiarò inammissibile una richiesta di referendum che mirava a reintrodurre la disciplina dichiarata incostituzionale nel 1975, disconoscendo il diritto della donna; con la sentenza del 1997, a essere dichiarata inammissibile fu una richiesta di referendum che, al contrario, intendeva «liberalizzare» l'aborto, questa volta disconoscendo il diritto del nascituro. In questi casi, vi è stata indiscutibilmente una valutazione anticipata d'incostituzionalità ai fini della valutazione di ammissibilità del referendum; una valutazione alla quale la Corte avrebbe certamente potuto essere chiamata successivamente, in sede di giudizio di legittimità costituzionale incidentale. Nella specie, però, c'era dell'altro: in entrambi i casi l'iniziativa referendaria mirava a opporre a una decisione della Corte (la sentenza del 1975) un voto popolare di maggioranza: una sorta di sovversione costituzionale, alla quale non si poteva reagire in altro modo.

La normativa «di risulta» non può essere il risultato di una qualsivoglia abrogazione di parti o «pezzi» della legge. Quella cui si può legittimamente mirare non è il prodotto di un mero «ritaglio» di parti, perfino di parole, della legge sottoposta a referendum. Con la tecnica del «taglia e cuci» che salda frammenti di norme in operazioni puramente lessicali, si potrebbe ottenere un risultato normativo totalmente nuovo, estraneo alla logica del sistema e il referendum abrogativo diventerebbe, surrettiziamente, una forma di legislazione positiva, che la Costituzione esclude (sent. n. 33 del 1997). La «normativa di risulta» accettabile, per la Corte, è quella che si ispira a un «criterio specificamente esistente (sia pure residuale) e rimasto in via di normale applicazione nella specifica parte di risulta della legge oggetto del referendum» (sent. nn. 13 del 1999 e 33 del 2000). Sottraendo a una disciplina complessa e interrelata singole disposizioni o gruppi di esse, si deve «determinare come effetto naturale e spontaneo, la ricomposizione del tessuto normativo rimanente», in modo tale che la normativa, pur diversa da quella prima esistente, sia peraltro la stessa e non un'altra (sent. n. 15 e n. 16 del 2008). Si tratta di formule oscure, quasi esoteriche, elaborate con riguardo ai referendum in materia elettorale ma valide in generale, non senza seminare perplessità e incertezze.

In breve, si potrebbe dire così: solo quando non è necessario che residui una normativa, il referendum può essere radicalmente abrogativo, non esistendo esigenza di una normativa di risulta; quando invece – per le diverse ragioni anzidette – una legge deve esserci, è cioè «costituzionalmente necessaria», come nel caso delle leggi elettorali, allora il referendum può emendarla, *manipolandola*, ma non snaturandola; deve produrre *soltanto* un «epilogo linearmente consequenziale» nell'ordinamento (sent. n. 47 del 1991). Come in un puzzle normativo, col referendum si possono eliminare alcune tessere, a condizione che quelle rimanenti si espandano a coprire il vuoto e l'immagine, nel suo insieme, non ne risulti stravolta. Dove però, in concreto, si collochi la linea di confine tra emendamento e snaturamento – posto che, comunque, si ha a che fare con «manipolazioni» – non si può dire. Anzi: lo dice, caso per caso, la Corte costituzionale, inappellabilmente.

Si consideri il caso deciso con la sentenza n. 13 del 1999. Si trattava dell'abrogazione di norme contenute nella legge elettorale per la Camera dei deputati che prevedevano, accanto alla ripartizione dei seggi con il sistema uninominale nella misura del 75%, una quota del 25% da distribuire con un sistema proporzionale. Si chiedeva l'eliminazione di questa seconda parte della legge, per ottenere un risultato integralmente uninominale. La Corte ha ammesso il referendum, in applicazione del principio di «espansione lineare» del principio uninominale. Ma si sarebbe potuto, altrettanto agevolmente, ragionare in altro modo dicendo: la legge, nel suo complesso, prevede un sistema che si volle composito; abolendo una sua parte la si renderebbe semplice; il risultato finale sarebbe, dunque, la vecchia legge non emendata, ma snaturata.

Oppure, in altro ambito (in materia di limiti alla tutela reale in caso di licenziamento individuale illegittimo), la già citata sentenza n. 17 del 2016, ove la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del quesito in quanto la tecnica del ritaglio, sfruttando, nel caso di specie, le modalità con cui le disposizioni erano formulate sul piano lessicale, assumeva le sembianze di una «manipolazione della struttura linguistica della disposizione», diretta non «a sottrarre dall'ordinamento un certo contenuto normativo, affinché venga sostituito con ciò che residua in seguito all'abrogazione e che, in difetto di quel contenuto, il legislatore ha predisposto perché abbia applicazione al fine di regolare la fattispecie», bensì a introdurre un assetto normativo sostanzialmente nuovo (estendendo il limite occupazionale – pari a cinque dipendenti – cui è subordinata la tutela reale nell'ipotesi di impresa agricola a ogni ambito lavorativo). Anche in questo caso si sarebbe potuto giungere a un esito opposto, ritenendo – utilizzando gli stessi criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale – che l'eventuale normativa residua era comunque già contenuta nel medesimo tessuto normativo e che l'elettore sarebbe stato posto dinanzi all'alternativa tra mantenere in vita le disposizioni oggetto del quesito o propendere per la residua disciplina (come, del resto, argomentato nell'immediatamente successiva sentenza n. 27 del 2017)<sup>7</sup>.

## 7. La questione della «reviviscenza»

Nella nozione di «normativa di risulta» non rientra, contrariamente a quanto auspicato da larga parte della dottrina<sup>8</sup>, la legislazione anteriore a quella abrogata dal referendum. In altre parole, l'abrogazione referendaria non può riportare in vita, non può far «rivivere» la legge abrogata dalla legge abrogata dal referendum. La giurisprudenza della Corte è ferma su questa posizione, confermata nell'ultima decisione in materia di legge elettorale ma ripresa anche in ambiti diversi: «l'abrogazione referendaria non [ha] l'effetto [...] di ripristinare automaticamente una legislazione non più in vigore, che ha già definitivamente esaurito i propri effetti» (sent. n. 13 del 2012, seguita dalle nn. 12 del 2014 e 5 del 2015). Anzi:

<sup>7</sup> F. Pallante, *La dubbio inammissibilità del referendum sui limiti alla tutela reale contro i licenziamenti illegittimi*, in «Rivista giuridica del lavoro», n. 4 del 2017.

<sup>8</sup> Cfr. Aa.Vv., *Nel «limbo» delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, Giappichelli, 2012; A. Morrone (a cura di), *Referendum elettorale e reviviscenza di norme abrogate. Sull'ammissibilità dei quesiti per il ripristino del «Mattarellum»*, Bologna, Bononia University Press, 2012.

un quesito referendario che abbia come obiettivo la reviviscenza della legislazione precedentemente abrogata è di per sé stesso inammissibile, tale normativa risultando essere un effetto (appunto inammissibile) di una volontà manifestata presuntivamente dal corpo elettorale. Nella sentenza n. 5 del 2015, la Corte riconosce che «unico significato attribuibile all'abrogazione di una disposizione meramente abrogativa, che si limiti, pertanto, a prevedere che un'altra disposizione è abrogata, [è] quello di rimuovere tale ultima abrogazione, di stabilire, cioè, che ciò che era stato abrogato non è più abrogato e che, quindi, viene ripristinato, tornando a essere efficace»: affermazioni che, applicate al referendum abrogativo, aprirebbero la strada all'ammissibilità nel caso di leggi meramente abrogative. In generale, però, non si può fare conto sulla legislazione anteriore a quella sottoposta al referendum, la cui efficacia è definitivamente delimitata nel tempo passato, per rispondere all'esigenza che, dopo l'abrogazione referendaria, una normativa comunque vi sia.

In verità, questa posizione è venuta maturando attraverso *obiter dicta*, incidentalmente o solo apoditticamente (sent. nn. 40 del 1997; 31 del 2000; 15 e 16 del 2008; 31 del 2010; 24 e 28 del 2011), prima di essere fissata nella sentenza n. 13 ora citata, relativa alla (in)ammissibilità di un quesito referendario mirante all'abrogazione pura e semplice della legge elettorale vigente, con l'intento di ripristinare quella anteriore: in questo caso, si tratta indiscutibilmente di *ratio decidendi*. La visione della Corte è coerente con la concezione del referendum come fonte del diritto (sent. n. 29 del 1987): «La tesi della reviviscenza di disposizioni a séguito di abrogazione referendaria non può essere accolta, perché si fonda su una visione "stratificata" dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti. Ove fosse seguita tale tesi, l'abrogazione, non solo in questo caso [caso di leggi elettorali], avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario, e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto; principio che è essenziale per il sistema delle fonti e che, in materia elettorale, è "di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico" (sent. n. 422 del 1995)». Dunque, «ove l'esito del referendum fosse favorevole all'abrogazione, non si avrebbe alcuna «ricomposizione» della normativa di risulta, perché la lacuna legislativa dovrebbe essere colmata mediante il ricorso a una disciplina né compresente né covigente con quella oggetto del referendum: l'abrogazione referendaria non avrebbe l'effetto [...] di ripristinare automaticamente una legislazione non più in vigore, che ha già definitivamente esaurito i propri effetti». Si tratta di affermazioni che hanno assunto, nella successiva giurisprudenza costituzionale, una più ampia portata, decretando che non solo le leggi elettorali, ma ogni legge costituzionalmente necessaria è sottratta all'abrogazione totale per via referendaria, la quale provocherebbe un (inammissibile) vuoto normativo non colmabile in via interpretativa (sent. nn. 12 del 2014 e 5 del 2015, in materia di riorganizzazione dei tribunali). Così mostrando di non voler percorrere, almeno al momento, ipotesi ricostruttive alternative (*infra*, pp. 392 ss.).

## 8. L'intenzione dei promotori

L'importanza che, nel giudizio di ammissibilità, assume la normativa di risulta, cioè l'obiettivo normativo cui mirano i promotori del referendum, ha fatto sorgere la domanda se alla loro propria «intenzione» – quale risulta per esempio dall'intitolazione della domanda referendaria – possa essere dato rilievo ai fini della determinazione dei potenziali effetti dell'iniziativa nell'ordinamento giuridico (effetti a loro volta rilevanti per verificare l'esistenza di quel rapporto di congruità fra intento referendario, formulazione del quesito e potenziale esito del referendum, necessario ai fini della chiarezza della domanda referendaria).

Fino alla tornata referendaria del 2005, la Corte non ha considerato i propositi dei promotori: le loro memorie e audizioni si consideravano rilevanti come motivi del giudizio, ma irrilevanti nell'individuazione delle conseguenze normative dell'eventuale abrogazione referendaria, da ricostruirsi in maniera puramente oggettiva (sent. n. 17 del 1997). All'intento dei promotori non si attribuiva alcun significato ricostruttivo della nuova e diversa disciplina, conforme al loro intento: «ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti, per esaminare, tra l'altro, se essa abbia per avventura un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione» (sent. n. 45 del 2005).

Nella giurisprudenza del 2008, invece, parte della dottrina<sup>9</sup> ha letto un'apertura a favore della rilevanza dell'intenzione dei promotori. Nella sentenza n. 15 del 2008, se ne è riconosciuta l'importanza, accanto all'evidenza del fine intrinseco e oggettivo della richiesta referendaria: «l'intenzione dei promotori del referendum in oggetto – s'è detto – emerge con sufficiente chiarezza e può essere identificata nella finalità di una più stringente integrazione delle forze politiche partecipanti a una competizione elettorale». Ma, questa, sembra essere stata un'affermazione senza seguito. Come poi ha chiarito la Corte: «la richiesta referendaria è atto privo di motivazione e, pertanto, l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori (dichiarazioni, oltretutto, aventi spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte od orali espresse in sede di giudizio di ammissibilità), ma esclusivamente dalla finalità "incorporata nel quesito" [riferimento alla sent. n. 29 del 1987], cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione e all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento. Sono dunque irrilevanti, o comunque non decisive, le eventuali dichiarazioni rese dai promotori» (sent. nn. 24, 25 e 27 del 2011; più recentemente, 5 del 2015). Come a dire che tra intenzione soggettiva e finalità oggettiva può esserci differenza, e che la seconda prevale sulla prima.

<sup>9</sup> L. Imarisio, *Referendum elettorale e reviviscenza, tra fine intrinseco del quesito e intenzione dei proponenti*, in *Referendum abrogativo e reviviscenza*, in «Nomos. Le attualità del diritto», 2012, n. 1.

A ragionare diversamente – come parte della dottrina sembra avere ragionato, in occasione della richiesta di referendum in materia elettorale presentata nel 2011 sulla legge n. 270 del 2005, indicando nel ripristino delle norme elettorali precedentemente abrogate l'effetto «di risulta» dell'abrogazione – si incorrerebbe nel rischio di snaturare tanto l'istituto referendario quanto il giudizio di ammissibilità, piegando il primo a istanze di natura politica preminenti sulle ragioni giuridiche, e inquinando il secondo con valutazioni di merito che non devono entrare nelle valutazioni che spettano alla Corte costituzionale.

## 9. L'abrogazione parziale e i referendum elettorali

L'art. 75 della Costituzione parla di referendum per l'abrogazione totale o *parziale* delle leggi. Fin dalla sentenza n. 16 del 1978 si è ammesso il referendum che colpisce non solo tutta una legge o sue singole disposizioni, ma anche «frammenti» di disposizioni, cioè singole parole che, di per sé considerate, non esprimono norme compiute (per esempio, sent. nn. 26 del 1981 e 35 del 1985). Questo orientamento è stato oggetto di critica, sia perché consente domande referendarie in sé totalmente prive di significato e quindi incomprensibili, sia perché altera la natura negativa del referendum, attribuendogli una funzione manipolativa. Ma tant'è.

L'orientamento non soltanto è consolidato. I «referendum su frammenti» non sono solo possibili ma, in materia elettorale, sono anche necessari. Trattandosi di leggi costituzionalmente necessarie e avendo la Corte condizionato l'ammissibilità dei referendum all'autoapplicabilità della normativa di risulta, cioè alla possibilità delle norme residue di ricomporsi in una disciplina capace d'essere operante, indipendentemente dall'intervento del legislatore a colmare lacune, eliminare contraddizioni ed evitare aporie, è chiaro che diventano inammissibili non solo i referendum per l'abrogazione totale, ma anche quelli per l'abrogazione parziale di parti intere della disciplina elettorale: risultano possibili solo le operazioni su frammenti. Basta leggere le kafkiane formulazioni dei quesiti elettorali<sup>10</sup> che la Corte, impassibile di fronte all'assurdo, non considera di per sé inaccettabili, per comprendere dove porta questa logica. Eppure, una volta ammessa la sottoponibilità a referendum delle leggi elettorali (che pure, con un voto a sorpresa, l'Assemblea costituente *sembra* avere esclu-

<sup>10</sup> L'apoteosi è rappresentata dalla formulazione della seconda richiesta referendaria esaminata nella sentenza n. 13 del 2012. Della legge n. 270 del 2005, si chiedeva l'abrogazione dell'art. 1, primo comma, limitatamente alle parole: «1. L'articolo 1 del testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e successive modificazioni, di seguito denominato "decreto del presidente della Repubblica n. 361 del 1957", è sostituito dal seguente: [...]»; dell'art. 1, terzo comma, limitatamente alle parole: «3. All'articolo 7, settimo comma, del decreto del presidente della Repubblica n. 361 del 1957, le parole: "In caso di scioglimento anticipato della Camera dei deputati" sono sostituite dalle seguenti: [...]»; dell'art. 1, quarto comma, limitatamente alle parole: «4. All'articolo 14 del decreto del presidente della Repubblica n. 361 del 1957, sono apportate le seguenti modificazioni: [...]»; dell'art. 1, quinto comma, limitatamente alle parole: «5. Dopo l'articolo 14 del decreto del presidente della Repubblica n. 361 del 1957, è inserito il seguente: [...]» e così via per un totale di 71 formule di questo genere.



se<sup>11</sup>), l'autoapplicabilità, unita alla non-reviviscenza della legge anteriore, conduce inevitabilmente a questa conseguenza: vi possono essere solo referendum su parti o particelle della legge. La frammentarietà dell'oggetto del quesito diviene doverosa, al punto che devono ammettersi quesiti relativi «a porzioni del testo legislativo (frasi o parole) brevissime e prive di autonomo significato normativo» (sent. nn. 5 del 1995; 17 del 2008; 28 del 2011).

Le basi della giurisprudenza costituzionale in materia di referendum elettorali sono state poste nella sentenza n. 29 del 1987: la richiesta di abrogazione di norme sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura fu dichiarata inammissibile, oltretutto *a*) per la «non-incorporazione» nel quesito dell'«evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo» – e quindi per assenza di chiarezza e violazione del diritto a un voto consapevole –, *b*) per l'esposizione al rischio, anche soltanto teorico, di paralisi del funzionamento di un organo previsto dalla Costituzione. Puntualizzazioni si ebbero poi con la sentenza n. 47 del 1991 (in tema di elezioni di Camera e Senato), ove si dice non esistere una generale esclusione dal referendum delle leggi elettorali, a causa della loro natura costituzionalmente necessitata, ma che l'ammissibilità del referendum stesso dipende dalle valutazioni, caso per caso, circa la sussistenza delle due condizioni indicate nella precedente decisione. Con la sentenza n. 32 del 1993 la richiesta di abrogazione parziale della legge elettorale per il Senato è stata dichiarata ammissibile. Si rilevarono peraltro «inconvenienti» nella normativa di risulta che si invitò il legislatore, «nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (sent. n. 468 del 1990), [a] correggere, modificare o integrare». Le sentenze nn. 5 del 1995 e 26 del 1997, invece, dichiararono inammissibili due richieste di referendum per carenza del requisito indicato sopra, *sub (b)* (in particolare, si trattava di generalizzare un sistema di elezione maggioritario che avrebbe richiesto, per essere operativo, la ridefinizione dei collegi elettorali).

La *summa* della «dottrina» della Corte in tema di ammissibilità dei referendum elettorali è contenuta nella più volte citata sentenza n. 13 del 2012: *a*) le leggi elettorali, essendo leggi costituzionalmente necessarie, possono essere oggetto solo di referendum «manipolativi»; *b*) il «ritaglio» incontra limiti che si potrebbero dire di buon senso, non potendosi spingere a chiedere la soppressione dalla legge sottoposta a referendum delle parole iniziali dei singoli commi, del tipo: «l'articolo tale o talaltro della legge anteriore è sostituito da, è modificato da, è integrato da...» e simili;

<sup>11</sup> Seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*. IV: *Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947*, Roma, Camera dei deputati, Segretariato generale, 1970, p. 3325. Al termine della discussione sulle leggi da escludere dal referendum abrogativo, fu proposto di includervi anche le leggi elettorali. Il presidente della Commissione per la Costituzione Ruini dichiarò la sua contrarietà con un breve e incisivo intervento (su cui *infra*, p. 393) e nessuno prese la parola a favore. La proposta fu messa ai voti e, inopinatamente, fu approvata. Subito dopo il presidente Terracini lesse, secondo prassi, il testo dell'articolo approvato «nel suo complesso», nel quale mancava l'esclusione delle leggi elettorali. Che dire? Qualcuno si è sbagliato: il resocontista o il presidente della seduta? Comunque sia, nel testo della Costituzione approvato con votazione finale il riferimento alle leggi elettorali non c'è e a quel testo, così com'è, occorre attenersi.

*c)* è esclusa la reviviscenza della legge anteriore, abrogata dalla legge sottoposta a referendum; *e*, dunque, *d)* il ripristino della vecchia legge – quello che era l'intento dei promotori – non si può realizzare eliminando dalla legge nuova le parole contenenti i precetti «sostituzione», «modificazione», «integrazione» ecc., poiché sarebbe rimasto comunque in vigore il «sottotesto», quello della legge sottoposta a referendum, contenente le norme sostitutive, modificative, integrative [se il lettore non comprende, non creda che la colpa sia sua]; *e)* in ogni caso, il dovere di chiarezza nei confronti degli elettori è incompatibile con l'operazione tentata, in questo caso, dai promotori.

### 10. I referendum elettorali alla ricerca d'uno *status* soddisfacente

Non c'è bisogno di sprecare parole per chiarire l'assurdità di questa giurisprudenza, i contorcimenti che ne derivano per promotori che tentino di evitarne le insidie e la conseguente, aberrante formulazione delle domande referendarie. I criteri d'inammissibilità che la Corte ha elaborato sono elastici e ancor di più ne è l'utilizzazione. Ogni volta che è chiamata a valutare l'ammissibilità di un referendum elettorale, la Corte è investita di sospetti e veleni di natura politica, che non fanno che eroderne l'autorità. Inoltre, e soprattutto, la sottoponibilità a referendum delle leggi elettorali, pur riconosciuta in linea di principio, viene fatta dipendere in ultima istanza dal modo in cui la legge è formulata, cioè dalla circostanza che la sua formulazione si presti o non si presti a quell'operazione di ritaglio in cui consiste la sua manipolazione referendaria. Dato lo stesso contenuto, il referendum può esserci o non esserci in conseguenza del modo in cui, casualmente o intenzionalmente, è formulata la legge. La formulazione è nella disponibilità del legislatore. Il controllato ha così le chiavi per aprire o chiudere, se vuole, l'esercizio del diritto di referendum. Anche a questo proposito, non c'è bisogno di sprecare parole per denunciare l'assurdità.

Si tratta di assurdità alle quali, però, non si può sfuggire, una volta imboccata la strada che la Corte, fin dalla decisione-madre di tutte le altre, la sentenza n. 68 del 1978, ha imboccato e poi ha perfezionato nella sentenza n. 29 del 1987. Poiché una legge elettorale deve esserci ed essere sempre in condizioni d'operare; poiché il referendum abrogativo è un atto equivalente a una legge abrogativa; poiché gli effetti dell'abrogazione referendaria sono gli stessi di quelli della legge abrogativa; poiché l'abrogazione legislativa non fa, di norma, rivivere la legge abrogata, allora obbedisce a una logica stringente la conclusione: l'abrogazione referendaria non fa rivivere la legge anteriore e dunque, per evitare il vuoto, può essere solo abrogazione di ritaglio, con le conseguenze tortuose che si sono viste.

Fino alla vicenda referendaria del 2012, non solo la Corte, ma anche i promotori si sono fatti condizionare dall'anzidetta impalcatura concettuale: il referendum come fonte, come legislazione negativa. Eppure, in quell'occasione la Corte per la prima volta si è trovata a esaminare una domanda referendaria che non mirava affatto a manipolare la legge, ma a eliminarla *tout court*. Avrebbe potuto considerare la materia del decidere

*res integra*. Avrebbe potuto essere l'occasione per una distinzione tra il referendum-fonte (sottoposto a tutte le regole finora elaborate in questa prospettiva) e il referendum-opposizione, il referendum *contrarius actus*, mezzo di resistenza contro l'abuso. Particolarmente quando si tratta di materia elettorale: le leggi elettorali determinano l'identità politica dei cittadini; perché questi non devono poterla difendere, quando il legislatore, per ragioni sue, non condivise dagli elettori, l'ha cambiata?

Quando alla Costituente fu proposto di escludere la materia elettorale dal referendum abrogativo, si levò una sola voce, e in senso contrario, quella del presidente della Commissione per la Costituzione, Meuccio Ruini. È utile riportarne le parole: «Se c'è qualche cosa in cui il popolo può manifestare la sua volontà, è proprio il sistema elettorale. La sovranità popolare si esprime qui con tutta la sua ragion d'essere a impedire – in ipotesi – che i membri del Parlamento abusino, nel regolare a comodo loro le elezioni. Non bisogna dimenticare che il vero sovrano è il popolo, non il Parlamento. Voglio dire [...] una volta ancora che la nostra Costituzione deve reagire al punto di vista che si è manifestato anche in alcuni settori di questa Assemblea, che il popolo ha un solo diritto: nominare una Camera, la quale, quando è nominata, ha tutti i poteri»<sup>12</sup>. Ecco, dunque, la *ratio* istituzionale del referendum elettorale: non si tratta di consentire al popolo di introdurre qualche emendamento nella legge, ma di impedire che i partiti in Parlamento facciano leggi elettorali «a comodo loro». Ecco il «significato impeditivo», che è altra cosa dal «significato legislativo». Una *ratio* forse non inattuale, di cui la già discussa apertura al sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi elettorali è espressione (*supra*, pp. 136 ss.).

Ragionando su tale natura impeditiva, tutte le difficoltà derivanti dalla natura normativa sarebbero superate: il significato del referendum sarebbe chiaramente «incorporato» nel quesito, trattandosi di tenere in vita, così com'era, la legge che il Parlamento – in ipotesi – «a comodo suo» avesse modificato; l'effetto dell'abrogazione referendaria sarebbe «naturalmente» il «mantenimento in vita» (non la «reviviscenza») della legge anteriore. Tutti i problemi di lana caprina sorti dalla stretta adesione, nei casi di referendum elettorali, alla concezione normativa, con conseguenti incertezze, arbitrii e limitazioni pratiche, non sarebbero sorti.

## 11. Sguardo conclusivo

Dall'esame analitico del procedimento e del contenuto del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, una conclusione s'impone: i criteri elaborati dalla Corte, quasi caso per caso, nello sviluppo della sua giurisprudenza, l'avviluppano ormai di principi numerosi, incerti nella loro definizione e nella loro applicazione. Le conseguenze sono le contraddizioni o, almeno, le ambiguità, sia teoriche che pratiche. L'imprevedibilità è massima. La predisposizione dei quesiti da parte dei promotori è uno slalom tra possibili e quasi inimmaginabili trabocchetti che si cerca

<sup>12</sup> Seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., vol. IV, p. 3324.

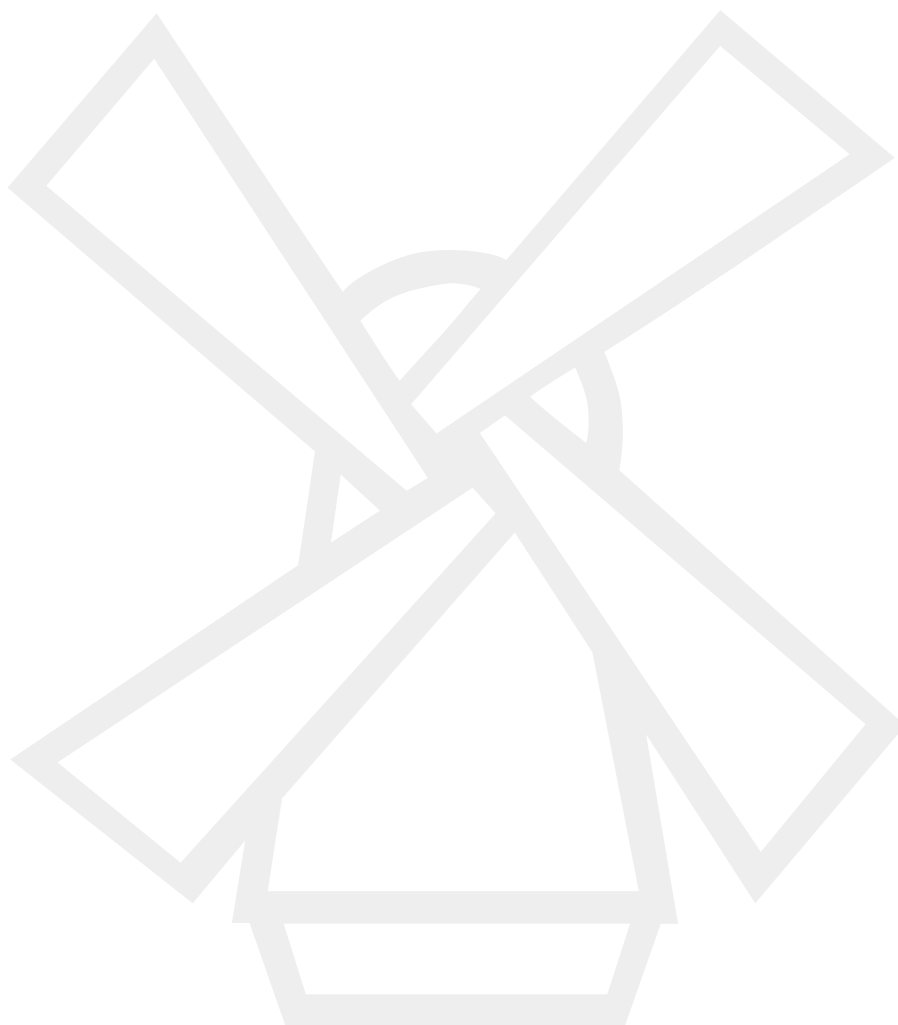
di evitare con sempre nuove, ingegnose e acrobatiche formulazioni, che allontanano comunque dalla chiarezza, dalla semplicità e dalla sicurezza che dovrebbero essere garantite in una procedura di democrazia che coinvolge i comuni cittadini elettori.

A uno sguardo conclusivo su questa intricata materia si mostra l'esigenza di un radicale ripensamento, perché troppo ormai ci si è allontanati dalla certezza del diritto e dalla sua garanzia, essendosi perse di vista le finalità a garanzia delle quali era stato previsto il giudizio costituzionale di ammissibilità del referendum abrogativo.



copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna





copyright © 2018 by  
Società editrice il Mulino,  
Bologna

Finito di stampare nel mese di marzo 2018  
presso la Tipografia Casma, Bologna



