



2015 FASC. II

(ESTRATTO)

ROBERTO ROMBOLI

**LA LEGITTIMAZIONE DELLA CASSAZIONE A SOLLEVARE
QUESTIONI DI COSTITUZIONALITÀ NELL'AMBITO DEL
PROCEDIMENTO DI ENUNCIAZIONE DEL PRINCIPIO DI
DIRITTO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE, AI SENSI
DELL'ART. 363, 3° COMMA, C.P.C.**

5 MAGGIO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Roberto Romboli

La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c. (*)

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. I presupposti della “incidentalità” e della “pregiudizialità” nell’accesso in via incidentale e la “irrilevanza” del richiamo alla “rilevanza”. – 3. La “pregiudizialità”: l’indirizzo giurisprudenziale circa la necessità per il giudizio principale di un *petitum* distinto da quello del giudizio costituzionale e la incidenza sul medesimo della [sentenza n. 1 del 2014](#). – 4. Segue: la richiesta di un *petitum* separato allo scopo di evitare le “liti finte”. Le possibili risposte della Corte costituzionale alla questione sollevata. – 5. La “incidentalità”: la nozione di “giudizio” e la natura giurisdizionale del procedimento ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. La possibilità di una dichiarazione di ammissibilità “ai limitati fini” del giudizio costituzionale.

1. Il caso

La decisione alla quale si riferiscono le osservazioni che seguono è rappresentata da una [ordinanza di rimessione proposta davanti alla Corte costituzionale dalla Corte di cassazione](#) ⁽¹⁾, nell’ambito di un “giudizio” iniziato d’ufficio dallo stesso giudice allo scopo di pronunciare un principio di diritto, ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c., dovendosi dichiarare inammissibile il ricorso proposto e ritenendo la questione decisa di particolare importanza.

Il giudizio di merito riguardava la lesione del diritto di non discriminazione, lamentata da un cittadino pakistano, da parte della disposizione dei bandi di ammissione al servizio civile nazionale, per la parte in cui, in attuazione di quanto prescritto dall’art. 3 d. lgs. 5 aprile 2002 n. 77, prevedevano il requisito del possesso della cittadinanza italiana.

I giudici di primo e di secondo grado avevano ritenuto di poter superare il carattere discriminatorio del bando attraverso una interpretazione dello stesso e del d. lgs. costituzionalmente conforme ad una lettura evolutiva della nozione di “difesa della patria” di cui all’art. 52 Cost., tale da poter ritenere ammessi al servizio civile pure gli stranieri.

La Cassazione, davanti alla quale il presidente del consiglio dei ministri aveva fatto ricorso, avrebbe dovuto concludere il giudizio nel senso della inammissibilità per sopravvenuto difetto di interesse, dal momento che, nel frattempo, il ricorrente aveva ottenuto la cittadinanza italiana ed il bando impugnato aveva ormai perduto qualsiasi efficacia.

Per la particolare importanza del tema, la Corte di cassazione ha ritenuto che, di fronte ad contrasto di giurisprudenza fra giudici di merito in ordine alla interpretazione della normativa in questione, ricorressero le condizioni per pronunciare d’ufficio il principio di diritto, ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c., nell’ambito della propria funzione di nomofilachia. La questione viene infatti ritenuta dalla corte nuova e relativa ad un settore nevralgico della vita sociale di molti giovani.

Esclusa una possibile interpretazione conforme della disposizione normativa, la Cassazione ha ritenuto quindi di dover sollevare una questione di costituzionalità, giudicando la stessa rilevante, in quanto la norma appare destinata a trovare applicazione in sede di legittimità ai fini della formulazione del principio di diritto, ai fini cioè di una regola di giudizio che, sebbene non influente nella concreta vicenda processuale, serve tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi.

Anche il requisito della pregiudizialità è ritenuto sussistente, dal momento che ove la questione fosse dichiarata non fondata dovrebbe ritenersi legittima l’esclusione degli stranieri, mentre in caso

(*) Relazione al Convegno “Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale” (Roma 12 febbraio 2015), destinata, con alcune aggiunte ed integrazioni, agli *Scritti in ricordo di Paolo Cavalieri*.

¹ [Cass., ord. 1° ottobre 2014, n. 20661](#).

di incostituzionalità, ne seguirebbe la enunciazione, ad opera della Cassazione, di un principio di diritto di segno opposto, nel senso della sussistenza della discriminazione.

Un primo elemento che vale la pena di sottolineare – il quale, seppure di carattere generale, potrebbe anche aver esercitato una certa influenza sulla determinazione della Cassazione di proporre la questione di costituzionalità – è l'utilizzo all'evidenza improprio e fuori dai limiti riconosciuti o riconoscibili al potere interpretativo del giudice, dello strumento dell'interpretazione conforme da parte dei giudici di merito milanesi.

Tale conclusione risulta di tutta evidenza dalla semplice lettura della formulazione letterale dell'art. 3 d. lgs. 77/2002, secondo cui “sono ammessi a svolgere il servizio civile, a loro domanda, senza distinzioni di sesso, i *cittadini italiani*...”.

Una lettura della disposizione nel senso che la stessa ammetta al servizio anche gli stranieri risulta chiaramente più che una interpretazione, una sostanziale disapplicazione della medesima ⁽²⁾, quasi un caso di scuola per indicare quando un giudice supera in maniera inammissibile il testo della legge, come correttamente hanno posto in rilievo sia la Corte di cassazione con l'[ordinanza](#) in discorso ⁽³⁾, sia il Consiglio di Stato nel parere di cui si dirà tra un attimo.

Il comportamento dei giudici di merito, i quali sono pervenuti ad una inammissibile sostanziale disapplicazione della disposizione normativa, può essere in qualche misura giustificato dalla sovrapposizione fra due modelli di controllo delle leggi che, nel nostro Paese, è venuta a realizzarsi negli ultimi anni.

Accanto infatti al più risalente controllo accentrato, nell'ambito del quale al giudice viene riconosciuto il compito di “portiere” della Corte costituzionale, la progressiva realizzazione dell'ordinamento eurounitario ha dato luogo ad un controllo di tipo diffuso che riconosce al giudice la possibilità di disapplicare il diritto interno allorché questo si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

La vicenda che stiamo esaminando mostra in maniera particolarmente evidente tale sovrapposizione di modelli, che possono risultare applicabili anche allo stesso caso.

Nell'appena ricordato parere, il Consiglio di Stato ⁽⁴⁾ ha pure ritenuto l'art. 3 d. lgs. 77/02 non suscettibile di interpretazione conforme, ma sostenendo che lo stesso, in occasione della emanazione dei bandi per il servizio civile, deve essere disapplicato nella parte in cui limita l'accesso al servizio civile ai cittadini italiani, per contrasto con il diritto dell'Unione europea.

A parte ogni considerazione circa le ragioni poste dal giudice amministrativo a fondamento del suo parere ⁽⁵⁾, non può farsi a meno di sottolineare come, qualora i giudici milanesi avessero fatto riferimento ai principi dell'Unione europea, anziché a quelli della nostra Costituzione, la disapplicazione della disposizione in questione sarebbe risultata, a giudizio del Consiglio di Stato, addirittura doverosa.

La stessa soluzione (disapplicazione), a seconda della motivazione e dei parametri di riferimento scelti dal giudice, risulta quindi suscettibile di passare da un caso di scuola di inammissibile superamento dei limiti riconosciuti al giudice comune nazionale ad un atteggiamento doveroso per lo stesso, quando indossa il cappello di “giudice eurounitario”.

² Nel senso che l'interpretazione appare “in stridente contrasto” con la lettera della legge interpretata, v. GORI, *Il servizio civile, i giudici comuni e l'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 482.

³ La Cassazione ha infatti rilevato come l'interpretazione adeguatrice deve muoversi nel rispetto delle potenzialità obiettive del dato testuale e non può essere condotta oltre i limiti estremi segnati dall'univoco tenore della norma interpretata: “tale circostanza segna il ‘confine’, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (...). Nel caso in esame il dettato normativo (...) è, per l'appunto, univoco e si muove in una direzione opposta a quella – inclusiva, aperta e non discriminatoria – ritenuta possibile dal giudice del merito con la sua esegesi”.

⁴ Cons. Stato, sez. II, 9 ottobre 2014, n. 1091, *Foro it.*, 2014, III, 701.

⁵ Per le quali si può far rinvio alle convincenti osservazioni di DAL CANTO, *Il servizio civile nazionale e gli stranieri, tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2014, III, 707 ss.

2. *I presupposti della “incidentalità” e della “pregiudizialità” nell’accesso in via incidentale e la “irrelevanza” del richiamo alla “rilevanza”.*

Le mie riflessioni avranno ad oggetto non il merito, ma la ammissibilità della questione sollevata dalla Corte di cassazione, sia sotto l’aspetto della “pregiudizialità”, vale a dire la presenza nel giudizio principale di un *petitum* differente da quello oggetto del giudizio costituzionale, sia sotto quello della “incidentalità”, a proposito della possibilità di riconoscere nel procedimento per la pronuncia del principio di diritto i caratteri della giurisdizione, richiesti per la proposizione di una eccezione di costituzionalità attraverso la via incidentale.

Iniziando con un chiarimento circa il significato da attribuire ai termini utilizzati, la “incidentalità” indica la via di accesso alla Corte costituzionale da parte di un “giudice” il quale può in tal modo sottoporle un dubbio di costituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge, purché lo faccia nell’ambito di un “giudizio” e purché questo non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione del dubbio di costituzionalità (c.d. rilevanza).

Da ciò discende che la “rilevanza” risulta essere uno dei caratteri del giudizio incidentale, che ne determina la concretezza, ma che certamente non esaurisce la “incidentalità”, che risulta dalla presenza di altri e ulteriori caratteri e condizioni.

La “pregiudizialità” attiene invece più specificamente al rapporto che viene a porsi tra il giudizio comune ed il giudizio costituzionale.

Tale rapporto è stato, nel tempo e nelle varie “stagioni” percorse dalla nostra giustizia costituzionale, inteso in vario modo, nel senso di autonomia oppure di maggiore o minore dipendenza dell’uno dall’altro, soprattutto in ragione del prevalere di quella che viene indicata come l’“anima oggettiva” del giudizio incidentale, vale a dire l’esigenza di eliminare leggi contrarie a Costituzione oppure di quella indicata come l’“anima soggettiva”, ossia il fine di fornire tutela ai diritti fondamentali, garantiti dalla Costituzione.

Prevalendo la prima, il caso concreto è ritenuto strumentale alla questione di costituzionalità, mentre, prevalendo la seconda, è la questione di costituzionalità ad essere vista come strumentale al caso concreto.

Con riguardo alla pregiudizialità costituzionale, e prima che la Corte iniziasse a funzionare ed addirittura che fossero approvate le leggi di attuazione del 1953, Virgilio Andrioli aveva precisato come in questo caso si trattava di una pregiudizialità logica, ma non giuridica, “della quale manca l’elemento indefettibile dell’autonomia” ovvero “la possibilità di elevare la questione ad oggetto di giudizio *ab initio* autonomo, che nella specie non sussiste” (6).

Lo stesso rilievo viene, dopo oltre mezzo secolo, ripreso da Gustavo Zagrebelsky, il quale sottolinea la specificità della pregiudizialità costituzionale rispetto alla nozione ordinaria di pregiudizialità e sostiene che le questioni pregiudiziali vere e proprie hanno oggetto diverso tra giudizio pregiudicato e pregiudicante (tanto che possono svolgersi autonomamente), mentre la pregiudiziale costituzionale ha la caratteristica che la questione che ne è il contenuto non può porsi autonomamente, ma è sempre in funzione ausiliaria di altro giudizio. Si tratta di una pregiudizialità non occasionale, ma strutturale e necessaria (7).

Una prima conclusione che mi pare possa derivarsi fin da ora è che, con riguardo alla questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione con l’[ordinanza](#) da cui abbiamo preso le mosse, l’elemento della rilevanza, nelle sue diverse accezioni (8), risulta del tutto “irrelevante”, vale a dire non viene minimamente in considerazione in quanto nel nostro caso risulta all’evidenza sussistere (9), appare cioè *in re ipsa*.

6 ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale sulle leggi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1950, I, 36.

7 ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2967.

8 Per una loro puntuale ricostruzione v. L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012.

9 Diversamente si esprime DE SANTIS, *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare “ex officio” il principio di diritto nell’interesse della legge*, in *Foro it.*, 2014, I, 346.

In altri termini è assolutamente pacifico che la Corte di cassazione, per fissare il principio di diritto, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., dovrà necessariamente fare applicazione della normativa della cui costituzionalità dubita. Al proposito nessun peso svolge, almeno sotto l'aspetto della rilevanza, il fatto che questo giudizio si svolga in astratto e che la pronuncia della corte non abbia alcun effetto sul provvedimento del giudice di merito. Non è questa infatti la nozione di concretezza cui risulta legata la nozione di rilevanza ⁽¹⁰⁾.

A venire in considerazione, per valutare la ammissibilità della questione, sono invece gli altri due aspetti prima ricordati, vale a dire quello relativo alla “pregiudizialità” e l'altro alla “incidentalità”.

3. La “pregiudizialità”: l'indirizzo giurisprudenziale circa la necessità per il giudizio principale di un *petitum* distinto da quello del giudizio costituzionale e la incidenza sul medesimo della [sentenza n. 1 del 2014](#).

Il primo aspetto concerne la sussistenza nel giudizio principale di un *petitum* distinto da quello del giudizio costituzionale, che quindi non si esaurisca in esso.

Con riguardo alla necessaria pregiudizialità della questione di costituzionalità, la Corte ha infatti affermato che essa presuppone che il *petitum* del giudizio non coincida con la proposizione della questione stessa ⁽¹¹⁾, precisando che il giudizio *a quo* deve avere, da un lato, un *petitum* separato e distinto dalla questione di costituzionalità sul quale il giudice remittente sia legittimamente chiamato, in ragione della propria competenza, a decidere e, dall'altro, un suo autonomo svolgimento, nel senso di poter essere indirizzato ad una propria conclusione, al di fuori della questione di legittimità costituzionale, il cui insorgere è soltanto eventuale, per cui, affinché, pur in presenza della prospettazione della incostituzionalità di una o più norme legislative, quale unico motivo di ricorso dinanzi al giudice *a quo*, la questione possa essere ammissibile, occorre che sia individuabile, nel giudizio principale, un *petitum* che presenti i requisiti sopra indicati, sul quale l'autorità giudiziaria remittente sia chiamata a pronunciarsi ⁽¹²⁾.

In assenza di tali condizioni l'eccezione “si presenta impropriamente come azione diretta contro una legge, dal momento che l'eventuale pronuncia di accoglimento di questa Corte verrebbe a concretare di per sé la tutela richiesta al rimettente e ad esaurirla” ⁽¹³⁾

secondo cui l'art. 363, 3° comma, c.p.c. non si presterebbe a consentire il rinvio alla Corte costituzionale di una questione di costituzionalità, in quanto la sua applicazione esclude ab origine l'esistenza di una controversia e quindi la rilevanza della questione, intesa come concreta utilità per le parti.

¹⁰ In merito al rapporto tra concretezza e rilevanza nel giudizio costituzionale incidentale v., in maniera approfondita, DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI, ROMBOLI, E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, 145 ss.

¹¹ Di conseguenza ha dichiarato la manifesta inammissibilità di una eccezione di costituzionalità la quale risultava non preordinata all'applicazione di una norma necessariamente da applicare nel giudizio, ma esauriva immediatamente il *petitum* dello stesso, presentandosi quindi impropriamente come azione diretta contro la norma censurata, in quanto l'eventuale pronuncia di accoglimento avrebbe esaurito la richiesta nel giudizio *a quo*, non essendo possibile individuale, una volta venuta meno la norma censurata, quale provvedimento ulteriore avrebbe dovuto essere emesso dal giudice per realizzare la tutela della situazione giuridica fatta valere dal ricorrente ([Corte cost., ord. 23 maggio 2003, n. 175](#), *Giur. cost.*, 2003, 1373, con nota di CUPELLINI, *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*).

¹² Così ad esempio [Corte cost. sent. 13 febbraio 2009, n. 38](#), *Foro it.*, 2009, I, 2617, con cui la Corte ha ritenuto la questione di costituzionalità priva del carattere di pregiudizialità, in quanto in presenza di una impugnazione diretta, ad opera dei ricorrenti, di norme legislative regionali, con esclusiva deduzione di vizi di legittimità costituzionale a tutela non già di propri interessi legittimi, presuntivamente lesi dal provvedimento amministrativo regionale, ma – per loro stessa ammissione – al solo scopo di far valere il generale principio della laicità dello Stato, nella sua accezione di principio costituzionale fondamentale, rilevando come la sollevata questione di costituzionalità esauriva immediatamente il *petitum* del giudizio principale e l'eventuale pronuncia di accoglimento sarebbe venuta a consumare *ex se* la tutela richiesta al giudice remittente, nella residua parte del processo principale, con la conseguenza di far mancare il carattere della incidentalità della questione, come prescritto dall'art. 23 l. 87/1953.

¹³ Così [Corte cost., ord. 5 febbraio 1999, n. 17](#), in *Giur. cost.*, 1999, 148, con nota di DELLO SBARBA, *L'inammissibile impugnazione della legge in mancanza di lite pregiudiziale*.

Con riferimento a questa linea giurisprudenziale della Corte pare opportuno svolgere almeno due considerazioni, la prima delle quali per sottolineare, come esattamente è stato rilevato ⁽¹⁴⁾, che le conclusioni cui essa perviene non sono tratte da specifiche disposizioni normative, ma sono al contrario frutto della stessa giurisprudenza costituzionale, la quale pare, tra l'altro, far riferimento più alla nozione "classica" di pregiudizialità che alle caratteristiche della pregiudizialità costituzionale.

La seconda osservazione concerne la incidenza che può derivarsi dalla recente [decisione n. 1 del 2014 sulla richiamata giurisprudenza. In tale pronuncia infatti la necessità della presenza di un distinto *petitum*](#) viene, almeno a parole, ribadita in una parte della motivazione, anche se nella sostanza difficilmente individuabile, come ha dimostrato la decisione con cui la cassazione ha provveduto a dare applicazione alla dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale del 2005 ⁽¹⁵⁾.

Di maggior impatto la parte della motivazione, introdotta dall'espressione "per di più", attraverso la quale la Corte fonda invece le ragioni della ammissibilità sulla peculiarità ed il rilievo costituzionale del diritto fondamentale oggetto dell'accertamento. Il Giudice costituzionale afferma infatti che leggi quale quella elettorale, che definisce le regole essenziali per il funzionamento di un sistema democratico, non possono essere immuni dal sindacato della Corte, pena il determinarsi di una zona franca e quindi di un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato.

E' soprattutto facendo richiamo a quest'ultima parte della motivazione che si è parlato di un superamento del carattere pregiudiziale della questione e della conseguente modificazione del modello di controllo incidentale disegnato dal legislatore costituzionale e ordinario, attraverso la introduzione di una sorta di "azione popolare" ⁽¹⁶⁾.

Nei modelli di giustizia costituzionale, ciò che caratterizza principalmente il giudizio in via incidentale e lo distingue dall'accesso diretto al Giudice costituzionale è la necessità per il primo di passare attraverso il filtro di un'autorità giudiziaria, la quale è chiamata a svolgere un primo esame della questione di costituzionalità proposta.

Il controllo di costituzionalità viene così ad essere, in qualche misura, ripartito tra due soggetti: il giudice *a quo* e la Corte costituzionale ed è in base a tale caratteristica che sistemi come il nostro sono comunemente inseriti tra i c.d. modelli "misti", in quanto accentrati, ma ad iniziativa diffusa e in una via mediana tra astrattezza e concretezza.

Per questo non può essere condiviso il giudizio di quanti ritengono che la [sent. n. 1 del 2014](#) abbia modificato le vie di accesso alla giustizia costituzionale e quella in via incidentale in particolare, essendo invece più appropriato parlare di una via di accesso (quella incidentale appunto) resa maggiormente "accessibile", senza stravolgerne i caratteri qualificanti, attraverso una interpretazione più elastica dei suoi presupposti ⁽¹⁷⁾.

In questo senso potremmo dire "niente di nuovo sotto il sole", se guardiamo alla storia della nostra giustizia costituzionale nei suoi quasi sessanta anni di funzionamento. Basti pensare alla interpretazione delle nozioni di "giudice-autorità giudiziaria", di "giudizio" o di "rilevanza",

¹⁴ REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale*, in *Riv. AIC*, 21 settembre 2013, n. 3.

¹⁵ Cass. 4-16 aprile 2014, n. 8878, *Foro it.*, 2014, I, 3225, la quale, pur ribadendo ovviamente che l'accertamento della effettiva lesione del diritto di voto giuridicamente rilevante spetta solo al giudice di merito, giunge ad una conclusione totalmente già contenuta e derivata dalla [sent. n. 1/2014](#), nel senso che il diritto di voto è stato effettivamente leso nel periodo di vigenza della legge 270/2005 e che l'intervento della Corte può ritenersi pienamente satisfattivo per il futuro, avendo ripristinato la legalità costituzionale.

¹⁶ Così G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 27 ss., secondo cui è del tutto evidente che il meccanismo costruito dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale è un'azione popolare, "qualunque elettore lo può usare e in tal modo ottenere, se ricorre la incostituzionalità, un rimedio di portata generale, che coinvolge tutti gli elettori".

¹⁷ Parla di una via "semi-incidentale" BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via "semi-incidentale" sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D'AMICO, CATALANO (curr.), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, 27 ss.

diversamente intesa allorché si è trattato di dover giudicare sulle norme penali di favore oppure con riguardo ai giudizi cautelari.

Tornando ai possibili riflessi sul nostro caso, potremmo vedere le affermazioni contenute nella [sent. n. 1 del 2014](#) come un primo, importante segnale della volontà della Corte costituzionale di modificare la propria, finora consolidata, giurisprudenza in ordine alla necessaria presenza di un distinto *petitum* nel giudizio principale rispetto a quello costituzionale.

Infatti, come molto bene è stato posto in rilievo da Giorgio Repetto ⁽¹⁸⁾, la necessaria differenza di oggetto pare richiamare una necessaria distinzione di competenza tra il giudice comune e la Corte costituzionale, espressione del prevalere di quella che abbiamo chiamato l’“anima oggettiva”.

Questa posizione, senza potermi dilungare in questa sede sul punto, parrebbe porsi in linea con la giurisprudenza costituzionale del primo periodo e molto meno con quella più recente certamente più orientata a valorizzare l’“anima soggettiva”.

A partire infatti dallo smaltimento dell’arretrato (1987-1989) e successivamente con l’affermazione della possibilità (1996), e poi dell’obbligo (1998), della interpretazione costituzionalmente conforme, è apparso evidente come la distinzione di competenza tra il giudice comune e quello costituzionale si sia progressivamente fatta sempre meno evidente e sempre maggiori siano gli spazi rilasciati al giudice comune, tanto che la Cassazione, in certi casi, ha come noto giudicato gli stessi financo eccessivi e non sopportabili dal giudice comune.

4. *Segue: la richiesta di un petitum separato allo scopo di evitare le “liti finte”. Le possibili risposte della Corte costituzionale alla questione sollevata.*

Una volta ritenuto che la necessaria differenza di *petitum* non è imposta da alcuna specifica disposizione normativa, ma frutto della giurisprudenza costituzionale, pare opportuno porsi la domanda di quali siano la *ratio* e le finalità perseguite attraverso tale giurisprudenza.

Per le ragioni appena dette lo scopo non può essere quello di evitare che si realizzino sostanziali ricorsi diretti al Giudice costituzionale, mentre parrebbe più convincente indicare lo stesso nell’escludere la possibilità di *lites fictae* ⁽¹⁹⁾.

Certamente non sembrano porre problemi di sorta – nel senso che dovrebbero risultare certamente di nessun rilievo per l’ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale – quelle che sono state definite liti finte “in senso lato” ⁽²⁰⁾, vale a dire allorché la lite è in realtà finta, ma tutte le forme processuali (interesse a ricorrere ecc.) sono state rispettate oppure nell’ipotesi in cui un soggetto si rifiuti di obbedire ad una legge ritenuta incostituzionale “provocando” così la sua applicazione nei propri confronti al solo scopo di poter poi chiedere al giudice di sollevare la questione di costituzionalità ⁽²¹⁾.

La possibilità che la giurisprudenza costituzionale sulla necessaria differenza di *petitum* conduca ad una mancanza di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti coinvolti, era stata sottolineata già dai primi commentatori, tra cui Paolo Barile, il quale considerò paradossale la insindacabilità di tutte

¹⁸ REPETTO, *Il divieto di fictio litis* cit.

¹⁹ Analogamente REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità* cit.

²⁰ Per tale definizione v. DELLO SBARBA, *L’inammissibile impugnazione della legge in mancanza di lite pregiudiziale* cit., 1301 ss., la quale distingue la lite finta in senso lato, da quelle “in senso sostanziale”, che ricorrono allorché una controversia, pur coinvolgendo interessi dei singoli, in realtà abbia come unica ragione quella di sollevare una questione di costituzionalità.

²¹ Cfr. in proposito IMARISIO, *Lites fictae e principio di incidentalità: la dedotta incostituzionalità quale unico motivo del giudizio* a quo, in *Giur. it.*, 2001, 588 ss., il quale distingue l’ipotesi richiamata nel testo da quella di una legge direttamente lesiva di una posizione giuridica costituzionalmente tutelata di un soggetto, il quale si rivolge al giudice per chiedere tutela, previa dichiarazione di incostituzionalità della legge.

le leggi *in privos latae* e la paralisi della Corte costituzionale proprio quando l'illegalità commessa dal legislatore è maggiore perché colpisce direttamente i singoli ⁽²²⁾.

In ogni caso, se quella indicata è la finalità, potremmo chiederci a chi spetti in concreto vigilare in proposito, ossia controllare che non si tratti di liti finte e credo di condividere quanto scriveva in proposito lo stesso Barile, secondo cui “la competenza sull'incidentalità spetta al giudice *a quo*: la chiave della Corte costituzionale è nelle sue mani; aperta la porta della Corte, non può la Corte stessa richiuderla, così come non potrebbe aprirla contro la volontà del giudice *a quo*” ⁽²³⁾.

Questa conclusione è stata condivisa dieci anni dopo altresì da Aldo Mazzini Sandulli, il quale ha sostenuto che spetta al giudice risolvere il problema dell'accertamento della natura artificiosa del processo inscenato in vista della proposizione di una questione di legittimità costituzionale ⁽²⁴⁾, nonché più di recente da Zagrebelsky, secondo cui la valutazione dell'interesse ad agire è questione di giurisdizione comune e non costituzionale ⁽²⁵⁾.

Il controllo circa la esistenza di liti finte dovrebbe pertanto rientrare tra i compiti del giudice *a quo* nell'ambito del giudizio principale, mentre con riferimento al giudizio costituzionale la relativa problematica dovrebbe inserirsi in quella dei vizi del giudizio *a quo* e dei limiti della loro rilevanza da parte della Corte, limitata, per giurisprudenza costante, ai casi di palese evidenza.

Per tentare quindi una conclusione su questo primo aspetto relativo alla pregiudizialità, potremmo augurarci che la Corte costituzionale, anche sulla scia di quanto affermato nella [sentenza n. 1 del 2014](#) e prendendo atto della evoluzione dei rapporti tra giudizio comune e giudizio costituzionale, proceda ad un esplicito mutamento della propria giurisprudenza in ordine alla necessità di un distinto *petitum* ⁽²⁶⁾.

Più realisticamente credo sia da attendersi che la Corte costituzionale, anche in questo caso, sostenga che esiste un *petitum* distinto e proprio del giudizio principale, anche se nella specie l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge pare debba valere in sostanza a risolvere un conflitto che si è venuto a creare in giurisprudenza tra i giudici di Milano e quelli di Brescia in ordine alla “non manifesta infondatezza” della questione di costituzionalità dell'art. 3 d. lgs. 64/2001.

Per i primi infatti la norma si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza (anche se poi il contrasto è superato attraverso l'interpretazione conforme), per il secondo invece la scelta del legislatore di limitare i bandi per il servizio civile ai cittadini italiani dovrebbe ritenersi ragionevole.

La soluzione della questione di costituzionalità da parte della Corte costituzionale parrebbe risolvere ogni dubbio e potrebbe rappresentare una soluzione della quale la Cassazione non avrebbe altro da fare che prenderne atto e farne applicazione.

Sotto questo aspetto – ed a favorire una pronuncia di ammissibilità della Corte attraverso la individuazione di un distinto *petitum* – la [ordinanza](#) di rimessione, in maniera assai abile, distingue il piano dei rapporti tra legge e Costituzione (aspetto di competenza ovviamente del giudizio costituzionale) rispetto a quello dei rapporti tra legge e legittimità dei bandi per la selezione dei

²² BARILE, *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1957, 679.

Secondo LENER-SALMÉ (*Foro it.*, 1983, I, 268) si dovrebbe ritenere che la carenza di un differente oggetto non è ravvisabile qualora l'asserita incostituzionalità costituisca l'unico fondamento giuridico della pretesa diretta a conseguire un diverso bene della vita.

²³ BARILE, *Competenza della Corte costituzionale* cit., 677.

²⁴ A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 5 ss.

²⁵ ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori* cit., 2972.

In senso contrario BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via “semi-incidentale”* cit., 32.

²⁶ Non convince invece la tesi sostenuta da ZAGREBELSKY (*La sentenza n. 1 del 2014* cit., 2967 ss.), il quale propone di distinguere a seconda che la questione sia sollevata d'ufficio dal giudice oppure ad istanza della parte, ritenendo che la distinzione di *petitum* possa valere solo nel primo caso, dal momento che l'esigenza di sottrarsi dall'obbligo di applicare una legge incostituzionale vale solo per il giudice e non per le parti. Nel caso di questione ad istanza di parte, il giudice funge solo da “filtro” ed allora perderebbe di significato la distinzione di oggetto, essendo sufficiente la titolarità del diritto di azione e la concretezza dell'interesse che è fatto valere.

volontari da impiegare in progetti di servizio civile in Italia e all'estero (aspetto che costituirebbe il distinto *petitum* del giudizio comune) ⁽²⁷⁾.

5. La “*incidentalità*”: la nozione di “giudizio” e la natura giurisdizionale del procedimento ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. La possibilità di una dichiarazione di ammissibilità “ai limitati fini” del giudizio costituzionale.

Il secondo aspetto concerne invece più propriamente la “*incidentalità*” o meglio un aspetto qualificante della stessa, quale quello della nozione di “giudice nel corso di un giudizio”.

Il dubbio concerne la possibilità di ritenere sussistente tale condizione nell’ipotesi del procedimento, attivato d’ufficio dalla Cassazione, per la pronuncia del principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi.

Nel corso del primo quindicennio di funzionamento la Corte costituzionale, ispirandosi al principio della massima espansione del controllo di costituzionalità, aveva ritenuto sufficiente allo scopo la sicura sussistenza dell’elemento soggettivo, cioè che la questione venisse sollevata da un soggetto qualificabile come “giudice”. Con ciò accogliendo la tesi avanzata in dottrina da Virgilio Andrioli, secondo cui il presupposto in base al quale riconoscere la legittimazione a proporre questioni di costituzionalità è che “la questione gli venga, per così dire, incontro nell’esercizio delle sue funzioni, quali che esse siano” ⁽²⁸⁾.

Appare evidente come, qualora la suddetta giurisprudenza fosse stata confermata anche negli anni successivi, nessun dubbio si sarebbe potuto nutrire circa la legittimazione della Corte di cassazione a sollevare questioni nell’ambito del procedimento ai sensi dell’art. 363 c.p.c.

A partire dal 1971 la Corte ha invece mutato giurisprudenza, richiedendo, accanto al requisito soggettivo, pure la condizione oggettiva dell’esercizio di funzioni giurisdizionali.

Oggi la giurisprudenza costituzionale è, come noto, consolidata nel ritenere che non è sufficiente il solo requisito soggettivo, in quanto l’intervento di un magistrato, di per sé solo, non è idoneo ad alterare la struttura di un procedimento ed 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, per una finalità garantistica, e sia preordinato alla verifica della regolarità della documentazione necessaria per ottenere una determinata iscrizione ovvero per ordinarla d’ufficio. Affinché la questione possa ritenersi 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.

Il problema quindi si risolve nel valutare se al procedimento *ex art. 363, 3° comma, c.p.c.* possa o meno riconoscersi natura giurisdizionale, come ritiene la Cassazione nella [ordinanza](#) di rinvio, dove si legge: “il primato della Costituzione rigida, assistito dal controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte costituzionale implica che anche nell’esercizio della funzione giurisdizionale cui il giudice di legittimità può essere chiamato a norma dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. vi sia il poterdovere di provocare l’incidente di costituzionalità” (corsivo aggiunto).

²⁷ Secondo DAL CANTO, *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare “ex officio” il principio di diritto nell’interesse della legge*, in *Foro it.*, 2014, I, 3450, si tratterebbe “di due oggetti sostanzialmente omogenei, ma formalmente ben distinti”.

In proposito si vedano, in termini generali, le osservazioni di IMARISIO, *Lites fictae e principio di incidentalità cit.*, 591, secondo il quale nella lite finta accettata dalla Corte la finzione non concerne la posizione giuridica dedotta nel giudizio principale, ma l’oggetto del giudizio stesso, il quale sarà costituito sostanzialmente da una fonte normativa primaria, ma formalmente da un atto o provvedimento applicativo della stessa.

²⁸ ANDRIOLI, *Questioni d’incostituzionalità e affari non contenziosi*, in *Giur. cost.*, 1958, 403.

I dubbi in proposito potrebbero essere fondati, come rilevato da parte della dottrina processualcivilistica, sul rilievo che si tratta di un procedimento del tutto sganciato dalla composizione di interessi di parte e rivolto all'interesse pubblico alla corretta ed uniforme interpretazione della legge e non quindi alla risoluzione di una controversia e che concerne solo una stretta finalità nomofilattica e quindi un'attività rivolta solamente al futuro, senza alcun possibile riflesso sul provvedimento del giudice di merito.

Sulla base anche di questi rilievi, alcuni hanno qualificato come "paranormativa" la funzione nomofilattica esercitata dalla Cassazione attraverso il procedimento di cui all'art. 363 c.p.c., sollevando addirittura dubbi in ordine alla conformità dell'istituto all'art. 102, 1° comma, Cost. che assegna alla magistratura funzioni solo giurisdizionali e non normative ⁽²⁹⁾.

Secondo altri la modifica della disciplina, intervenuta nel 2006, la quale ha soppresso i riferimenti al "ricorso" ed alla "cassazione della sentenza", avrebbe rafforzato la tesi, già sostenuta in dottrina sulla base del vecchio testo, della natura non giurisdizionale dell'istituto, nel senso di un autonomo procedimento finalizzato solo all'esercizio della nomofilachia, quale funzione distinta che non può farsi rientrare in quella giurisdizionale, ancorché ad essa collegata ⁽³⁰⁾.

Altri ancora, pur senza esprimersi esplicitamente sulla natura del procedimento, hanno sottolineato l'ampia discrezionalità nell'utilizzo dell'istituto da parte della Corte di cassazione ⁽³¹⁾.

Al di là della complessa questione della natura del procedimento ex art. 363 c.p.c., ampiamente discussa e controversa nella dottrina processualcivilistica, per le strette finalità del processo costituzionale mi pare opportuno sottolineare la possibilità, per il Giudice costituzionale, di ricorrere, come già accaduto in precedenti casi, ad una pronuncia di ammissibilità "ai limitati fini" del giudizio costituzionale.

In altre occasioni infatti la Corte costituzionale ha evitato di addentrarsi nella difficile analisi della natura giurisdizionale del soggetto rimettente, limitandosi ad affermarne la legittimazione, a prescindere dai possibili esiti di tale analisi.

Basti pensare al caso della stessa Corte costituzionale, autolegittimata a sollevare davanti a sé questioni di costituzionalità "a prescindere dalla possibilità di essere qualificata come 'autorità giudiziaria'" oppure al più recente caso della legittimazione degli arbitri nell'ambito dell'arbitrato rituale. In questa ultima occasione – forse allo scopo di non porsi in rotta di collisione con la giurisprudenza della Corte di cassazione, che aveva negato il carattere giurisdizionale dell'attività svolta dagli arbitri rituali, sostenendo che essi non svolgono funzione sostitutiva di quella del giudice ordinario, ma disimpegnano attività privata, nell'ambito di un procedimento ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale ⁽³²⁾ – la Corte ha tenuto a precisare che le proprie osservazioni venivano svolte "ai limitati fini che qui interessano e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale" ⁽³³⁾.

Ragionando sulla vicenda oggetto di queste osservazioni, è stato sostenuto che la Corte dovrebbe abbassare lo scudo del "non possumus", facendo prevalere presunte ragioni formali sulla esigenza sostanziale del "rendere giustizia costituzionale", sul presupposto che "sono le regole processuali che

²⁹ Così AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012, 151 ss.

³⁰ Cfr. REALI, *Principio di diritto nell'interesse della legge*, in Cipriani (cur.), *La riforma del giudizio di cassazione*, Padova, 2009, 331 ss.

³¹ BARGIS, BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, 264 ss.; BRIGUGLIO, *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, Padova, 2009, vol. III/1, 110 ss.

³² Cass. 1° febbraio 2001, n. 1403 e 3 agosto 2000, n. 527/SU, *Foro it.*, 2001, I, 838.

³³ [Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376](#), *Foro it.*, 2002, I, 1648.

Da ultimo può essere segnalata la vicenda relativa alla possibilità di sollevare questioni di costituzionalità da parte del Consiglio di Stato nell'ambito del procedimento per la risoluzione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. La legittimazione è stata dapprima esclusa in ragione del carattere non giurisdizionale del giudizio espresso dal giudice amministrativo e successivamente ammessa, a seguito di una modifica in senso giurisdizionale della natura del giudizio. Per una ricostruzione della vicenda, v. ROMBOLI, *Il giudizio in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 51 ss.

si devono piegare alle (...) esigenze del diritto costituzionale sostanziale del ‘rendere giustizia costituzionale’ e non viceversa”⁽³⁴⁾.

Senza poter riprendere quanto, anche di recente⁽³⁵⁾, ho avuto modo di sostenere a proposito del significato e della natura vincolante, anche per la Corte, delle regole del processo costituzionale, mi limito a rilevare come interpretare, anche in maniera “creativa” quando il testo lo consenta, queste ultime alla luce delle esigenze sostanziali sottese al processo costituzionale è cosa assai diversa dal “piegare” le regole processuali alle esigenze sostanziali e la prima attività pertanto non può essere ritenuta una semplice specificazione della seconda.

Per questo, mentre ritengo di non poter condividere l’affermazione di Marco Ruotolo sopra riportata, considero invece corretto quanto sostenuto dallo stesso Autore, allorchè sostituisce, seppure sotto forma di specificazione, la necessità di “piegare” le norme processuali con la opportunità che queste “siano lette in funzione delle esigenze del diritto costituzionale sostanziale” e sostiene che “non si tratta (...) di mettere in discussione i ‘limiti’ previsti dalla normativa riguardante l’accesso in via incidentale alla Corte costituzionale, ma di essere consapevoli della possibilità di una loro diversa ‘lettura’ che tenga conto del segmento di storia (anche giurisprudenziale) che stiamo vivendo”⁽³⁶⁾.

In conclusione penso che la Corte costituzionale, con riguardo alla questione di costituzionalità proposta dalla Cassazione nell’ambito del procedimento attivato ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c., possa giungere ad una pronuncia di ammissibilità sotto entrambi gli aspetti considerati (quello relativo alla “pregiudizialità” e quello concernente la “incidentalità”), utilizzando il proprio potere interpretativo delle regole del processo costituzionale, certamente più ampio di quello riconosciuto al giudice comune.

In sintesi in questo caso si tratta di un corretto “uso” del processo costituzionale e non, come invece in altri casi, di un “abuso” dello stesso⁽³⁷⁾.

³⁴ RUOTOLO, *Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, in Riv. AIC 6 marzo 2015, n. 1, 7-8.

³⁵ ROMBOLI, *L’“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, www.forumcostituzionale.it, 4/2015

³⁶ RUOTOLO, *Principio di diritto nell’interesse della legge* cit., 8

³⁷ Per le espressioni “uso” ed “abuso” delle regole del processo costituzionale v. PIZZORUSSO, *Usò ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in BESSONE (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 140 ss.