

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

GIUDICE COMUNE E CORTE COSTITUZIONALE



Curatori: *Giorgio Lattanzi, Claudio Consolo, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Marisaria Maugeri, Guglielmo Leo, Giovanni Amoroso.*



2025 - Scuola Superiore della Magistratura

ISBN 9791280600462

Si ringraziano per il contributo redazionale: Antonella Licheri, funzionario giudiziario della Scuola Superiore della Magistratura, e Giulia Monaco, nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola Superiore della Magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Sommario

Presentazione: di Guglielmo Leo	7
Introduzione: di Giovanni Amoroso.....	13
1. Premessa.....	13
2. Sui presupposti di ammissibilità del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.....	14
3. I parametri di legittimità costituzionale: diretti e interposti.	16
4. In particolare il superamento della c.d. “doppia pregiudizialità” europea.....	17
5. (<i>Segue</i>): La giurisprudenza più recente sulla “doppia pregiudizialità”.	19
6. Il divieto di bis in idem.....	21
7. Principio di ragionevolezza e di proporzionalità.	22
8. Il limite della discrezionalità del legislatore.....	24
9. L’efficacia differita delle sentenze di illegittimità costituzionale.	25
10. I moniti nelle pronunce della Corte.	26
11. La Corte quale giudice del conflitto tra poteri avente ad oggetto la pronuncia di un giudice.	27

PARTE I

IL GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: L’ORDINANZA DI RIMESSIONE

Il controllo di ammissibilità della Corte costituzionale: evoluzione e stato attuale: di Francesca Biondi.....	29
1. Qualche dato e alcune ipotesi.....	29
2. La tendenza al (ri)accentramento.	31
3. (<i>Segue</i>): Una minore deferenza rispetto alla discrezionalità legislativa.....	35
4. Riflessioni conclusive.....	38
Quando il giudice comune deve “fare da sé”: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge: di Giampaolo Parodi.....	42
1. L’interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza. Le linee evolutive.	42
2. (<i>Segue</i>): L’interpretazione conforme tra controllo di ammissibilità e scrutinio di merito.	43
3. Il diritto vivente nella giurisprudenza recente.	46
4. Interpretazione adeguatrice e interpretazione costituzionalmente orientata.	49
5. Il limite testuale.	49
6. Interpretazione conforme a Costituzione e disapplicazione.	52

7. L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Un esempio recente.	53
La questione di legittimità costituzionale:	
un aggiornato decalogo pratico per il rimettente: di Giacomo d'Amico.....	57
1. Premessa.....	57
2. Le difficoltà ricostruttive e la peculiare natura del diritto processuale costituzionale.	58
3. I "presupposti" per la rimessione di una questione di legittimità costituzionale.....	60
4. La forza di legge della disposizione censurata, la natura costituzionale del parametro e le c.d. fonti interposte.	64
5. I "requisiti" della questione di legittimità costituzionale.	66
5.1. La rilevanza tra incertezze definitorie e oneri motivazionali.	66
5.2. La "non manifesta infondatezza" e la formulazione del <i>petitum</i>	68
5.3. L'esperimento di un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione.	69
6. Conclusioni.....	70
La questione di legittimità costituzionale: un decalogo breve	
per giovani magistrati: di Pietro Gaeta.....	71
1. Premessa: cenni sui modelli di sindacato di costituzionalità.	71
2. Controllo diffuso, sindacato accentrato.	72
3. Quel che non può mai mancare nell'ordinanza di rimessione: un decalogo minimo.	74
3.1. Verificare la propria legittimazione: ricordarsi di dover essere giudici in un giudizio.	74
3.2. Concentrarsi sul primo e fondamentale presupposto: la rilevanza della questione, su cui occorre motivare molto e bene.....	76
3.3. Ricordarsi, quanto alla non manifesta infondatezza, che la discrezionalità è del legislatore (e non della Corte) col solo limite della palese irragionevolezza.....	80
3.4. Rammentare sempre il carattere residuale dell'ordinanza di rimessione: l'obbligo di un'interpretazione adeguatrice si pone accanto a rilevanza e non manifesta infondatezza.	81
3.5. Ricercare il diritto vivente.	85
3.6. Ricordarsi che il giudizio di comparazione, ai fini della ragionevolezza, ha suoi presupposti ed una sua logica.	87
3.7 Ricordarsi di non "usare" mai la Corte.	88
3.8 Rammentare che non vanno censurate situazioni di fatto: occorre reperire il diritto per censurarlo.....	89
3.9 Prospettare un'ordinanza di rimessione chiara, compiuta, risoluta, precisa, determinata.	90
3.10. Non ritenere finito il proprio compito con l'emissione dell'ordinanza: il "molto" a valle quasi sempre trascurato.	92
4. Una speranza, più che una conclusione.	93

PARTE II

I PARAMETRI DEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: DIRETTI ED INTERPOSTI

Controllo di legittimità della legge e convergenza tra parametri costituzionali e parametri nazionali: precedenze, interazioni, procedure:	
di Roberto Romboli.....	94
1. Premessa.....	94
2. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i riflessi della qualificazione come legge ordinaria ed il mutamento di prospettiva per il suo utilizzo quale parametro	

nel giudizio sulle leggi a seguito delle “sentenze gemelle” del 2007.....	95
3. La efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo e le vicende della mancata ratifica in Italia del Protocollo XVI che ha escluso la possibilità delle “alte giurisdizioni” di richiedere pareri alla Corte Edu.	98
4. I problemi connessi alla applicazione delle sentenze di condanna della Corte Edu: a) il limite processuale (il giudicato); b) il limite legato alla natura legislativa dell’atto da rimuovere.....	100
5. Alcune ipotesi di contrasto tra giudici nazionali (specie Corte costituzionale) e Corte Edu: i casi del personale Ata, delle c.d. pensioni svizzere e della confisca in caso di assoluzione dal reato di lottizzazione urbanistica.	102
6. L’ordinamento dell’Unione europea ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La questione della “doppia pregiudizialità”: la priorità del passaggio da Lussemburgo e la “deroga” dell’obiter dictum contenuto nella sentenza 269/2017 della Corte costituzionale per il caso di contemporanea supposta violazione della Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.	104
7. (<i>Segue</i>): le precisazioni apportate nel 2019 dalla Corte costituzionale alla sentenza n. 269. Le tre strade percorribili a scelta del giudice nazionale ed i suoi riflessi sul carattere accentrato o diffuso del controllo sulle leggi.....	108
8. Il superparametro: il problema dei controllimiti, il caso Taricco ed il rischio che la bomba atomica potesse davvero essere lanciata.....	110
9. Il periodo seguente alla vicenda Taricco: l’uso “dolce” dei controllimiti: i rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale circa il c.d. diritto al silenzio; il bonus bebè; il mandato di arresto europeo (due) e le risposte della Corte di giustizia.	112
10. La decisione interpretativa o additiva del Giudice costituzionale come controllimite.	116
<i>Sindacato di legittimità della legge e convergenza tra parametri costituzionali e parametri sovranazionali: precedenze, interazioni, procedure:</i>	
<i>di Diletta Tega</i>	118
1.Introduzione al tema.	118
2. Lo scopo del superamento della cd. dottrina <i>Granital</i>	119
3. Le reazioni critiche.	123
4. Le difficoltà applicative della nuova dottrina.....	123
5. Il seguito della nuova dottrina da parte della Corte di Cassazione.....	124
5.1 Il seguito della <i>precisazione</i> come «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia».	125
5.2 Il rifiuto della <i>precisazione</i>	130
6. In conclusione.....	135
<i>Priorità del giudizio costituzionale e disapplicazione. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022: di Giampaolo Parodi</i>	139
1. La sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022. A) La questione sollevata in via prioritaria e l’eccezione d’inammissibilità della difesa erariale.	139
2. (<i>Segue</i>): B) La diretta applicabilità della Carta “non può essere di ostacolo” all’instaurazione del giudizio costituzionale.	140
3. (<i>Segue</i>): C) Le questioni di costituzionalità prospettate in via prioritaria devono essere scrutinate nel merito, “una volta sollevate”.	143
4. Priorità del giudizio costituzionale come opzione preferenziale.....	144

5. L'adesione spontanea alla priorità del giudizio costituzionale.....	145
6. L'opzione opposta: la "prima parola" alla Corte di giustizia.	147
7. Disapplicazione e controlimiti. "Quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile".....	148
<i>Il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea: disciplina e indicazioni pratiche: di Bruno Nascimbene</i>	151
1. La Corte di giustizia, giudice nazionale e tutela dei diritti del singolo titolo paragrafo.	151
2. La cooperazione fra Corte e giudice nazionale quale espressione del principio di leale cooperazione.	153
3. La definizione della "pregiudizialità" La condizione soggettiva del rinvio. La qualità di giurisdizione nazionale legittimata a fare il rinvio.....	153
4. La condizione oggettiva del rinvio: la distinzione fra rinvio di interpretazione e di validità. La diversità di competenze della Corte rispetto al giudice nazionale.	154
5. La formulazione del quesito pregiudiziale da parte del giudice nazionale.	155
6. La facoltà e l'obbligo di rinvio. Le questioni di interpretazione. Il "non rinvio" e l'obbligo di motivazione.	157
7. Le questioni di validità.	159
8. La tutela cautelare.	160
9. Gli effetti delle sentenze: a) l'ambito soggettivo e gli effetti erga omnes; b) gli effetti nel tempo e la tutela dei diritti del singolo; c) gli effetti nei confronti di decisioni nazionali contrastanti.....	161
10. Il procedimento accelerato e il procedimento pregiudiziale di urgenza.	162
11. Le più recenti competenze pregiudiziali riconosciute alla Corte di giustizia.	163
<i>Parametri tratti dalle Carte sovranazionali e diritti fondamentali emergenti: di Roberto Cisotta</i>	165
1. Premessa.....	165
2. Parametri tratti dalla CEDU.	165
2.1. L'art. 8 CEDU.....	166
2.2. L'art. 14 CEDU.	168
2.3. L'art. 1 Prot. n. 1.	168
3. Parametri tratti dalla famiglia allargata del Consiglio d'Europa.	169
4. Parametri provenienti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.....	170
5. Osservazioni conclusive.	173

PARTE III

IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ

<i>Uguaglianza tra le persone e ragionevolezza della legge nello schema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali: un quadro evolutivo: di Roberto BIN.....</i>	175
1. Premessa.....	175
2. Analogia e giudizio di ragionevolezza.	175
3. Primo passo: <i>ratio legis</i>	176

4. <i>Ratio legis</i> : cioè?	178
5. Secondo passo: congruità del mezzo rispetto al fine.	179
6. Terzo passo. Ragionevolezza del “mezzo” e bilanciamento degli interessi.	181
7. Quarto passo. Decisione e argomentazione.	181
8. Ragionevolezza e interpretazione.	183
<i>Il diritto punitivo in epoca di moltiplicazione dei modelli sanzionatori e delle interazioni con il processo: legalità, retroattività e irretroattività, prevedibilità, proporzionalità, ne bis in idem: di Francesco Palazzo</i>	184
1. Premessa.	184
I. Caratteri generali della giurisprudenza costituzionale in materia punitiva.	184
2. Un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia punitiva.	184
3. La “continuità evolutiva”, caratteristica del nuovo corso.	186
II. Origine e significato del sistema punitivo di “doppio livello”.	187
4. Nascita ed evoluzione dell’illecito amministrativo punitivo.	187
5. Il senso della tendenziale unificazione nella categoria dell’illecito punitivo.	188
III. Rapporti tra illecito penale e illecito punitivo amministrativo.	190
6. Punti di distanza tra i due tipi di illecito.	190
7. Punti di contatto tra i due tipi di illecito.	192
8. La proporzione/ragionevolezza in particolare.	193

PARTE IV

LE DECISIONI DELLA CORTE

<i>Le pronunce della Corte costituzionale ed il tempo dei relativi effetti: dall’efficacia differita alla “anticipazione” del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione: di Roberto Pinardi</i>	196
1. Premessa.	196
2. L’efficacia nel tempo delle pronunce d’incostituzionalità.	197
3. Descrizione delle caratteristiche essenziali delle tecniche decisionali analizzate. ..	198
3.1. Le sentenze di «incostituzionalità differita».	198
3.2. L’anticipazione del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione. ...	200
4. Alcuni rilievi critici.	202
4.1. Accoglimento <i>ex nunc</i> e natura incidentale del controllo di costituzionalità.	202
4.2. Tecnica Cappato, art. 136, comma 1, Cost., separazione dei poteri.	203
5. Una possibile obiezione: la Corte deve (comunque) «rendere giustizia costituzionale».	205
6. Per concludere. Contenuto ed effetti delle declaratorie d’incostituzionalità.	207
<i>Moniti “rafforzati”, attenuazione delle “rime obbligate”, modulazione degli effetti temporali dell’incostituzionalità. Uno sguardo sulla più recente giurisprudenza costituzionale: di Marco Ruotolo</i>	208
1. La funzione “monitoria” della giurisprudenza e le sue trasformazioni.	208

2. Quando il “monito” non basta più: l’ordinanza motivata di rinvio dell’udienza (con un cenno all’utilizzo, non alternativo, dell’autorimessione).	210
3. Le decisioni manipolative nel più recente periodo: oltre le “rime obbligate”?	213
4. Il governo degli effetti temporali dell’incostituzionalità.	215
5. Per concludere.	218

PARTE V

LE REGOLE DEL PROCESSO COSTITUZIONALE

NEL GIUDIZIO INCIDENTALE

Dopo l’ordinanza di rimessione: adempimenti del giudice comune e procedure interne alla Consulta: di Marina Maiella

1. Premessa.	220
2. Adempimenti conseguenti all’emanazione dell’ordinanza di rimessione.	221
3. La verifica della regolarità dell’ordinanza di rimessione.	224

Le “Nuove norme sul processo telematico nei giudizi incidentali di costituzionalità”: di Roberto Milana

1. Premessa.	229
2. La genesi.	230
3. Il cambiamento normativo.	232
4. Gli articoli più significativi.	232
5. Qualche numero.	235
6. Struttura di e-Cost.	235

PARTE VI

LA CORTE COSTITUZIONALE

QUALE GIUDICE NEL CONFLITTO TRA POTERI

I conflitti tra potere giurisdizionale e altri poteri dello Stato: casi e procedure: di Francesca Biondi.....

1. Delimitazione del tema.	237
2. Profilo soggettivo, profilo oggettivo e legittimazione processuale.	238
3. (Segue): Che cosa si “impugna” o non si “impugna” nel conflitto.	241
4. Gli aspetti processuali.	242
5. L’autorità giudiziaria nei conflitti tra Stato e Regioni.	245
6. Conclusioni.	246

Autori

Presentazione

Il tema della giustizia costituzionale appartiene alla tradizione dell'offerta formativa rivolta ai giudici comuni, e per varie ragioni.

Il controllo di costituzionalità delle leggi, in base al diretto confronto con la nostra Carta fondamentale, o riguardo alle fonti sovranazionali attivate dai ben noti cancelli" aperti nella Costituzione (anzitutto dall'art. 10 e poi dal testo novellato dell'art. 117, primo comma), ha rappresentato una costante del lavoro giudiziario, fin dall'epoca di effettiva attivazione della Corte costituzionale.

La disciplina della relativa procedura è stata naturalmente delineata dal legislatore, sia con leggi di rango costituzionale (in primo luogo, leggi n. 1 del 1948 e n. 1 del 1953), sia con leggi ordinarie (anzitutto, legge n. 87 del 1953). Un ruolo essenziale di autonormazione è stato per altro conferito alla stessa Corte (art. 22 della citata legge n. 87), la quale ha prodotto un Regolamento (1966) e *Norme integrative* (si vedano da ultimo quelle approvate con delibera in sede non giurisdizionale del 22 luglio 2021). Soprattutto, ed è questa una delle principali difficoltà di approccio degli operatori giudiziari al giudizio di costituzionalità, la concreta disciplina del processo, così come la concreta fisionomia delle regole e dei principi di rango costituzionale cui la legge deve conformarsi, si è articolata in grande misura attraverso la produzione progressiva di precedenti. Insomma, la giustizia costituzionale è oggi governata da un diritto di larga matrice giurisprudenziale, se non addirittura mediante regole pretorie.

Si tratta di un fenomeno inevitabile e virtuoso, imposto dall'inarrestabile complessità del sistema delle garanzie ed utile ad assicurare una pronta ed efficace sintonia tra parametri primari ed evoluzione dei rapporti sociali e delle leggi. Tuttavia, com'è noto, il diritto giurisprudenziale impone oneri "aggiuntivi" all'operatore (ad esempio, la considerazione del caso che genera il precedente), ed implica difficoltà progressivamente più severe nella individuazione e nel coordinamento dei precetti.

Non che il "diritto vivente", nella materia che qui interessa, abbia alterato i profili essenziali del nostro sistema, dalla opzione originaria per l'accentramento del controllo di legittimità al carattere concreto e incidentale del sindacato sulle norme, fino alle svolte imposte dalla primazia del diritto dell'Unione ed alle più recenti questioni poste dalla concorrenza delle fonti primarie e delle Corti deputate a garantirne l'efficacia ed il rispetto. Tuttavia, non è possibile negare che, proprio ed anche alla luce delle citate vicende evolutive, la disciplina del processo costituzionale abbia seguito nel tempo andamenti discontinui, anzitutto palesando sensibilità diverse della giurisprudenza nell'approccio agli strumenti che condizionano l'ammissibilità ed il merito delle questioni di legittimità.

Ecco una seconda e palese difficoltà per l'operatore giudiziario, da cui scaturisce l'esigenza d'un continuo aggiornamento sui singoli e molteplici profili della procedura (oltre che del "diritto sostanziale" di riferimento). Per ogni passaggio, è necessario verificare l'attualità degli esiti progressivamente fissati nella manualistica, nelle rassegne di giurisprudenza, negli stessi provvedimenti coi quali la Corte, in occasioni rilevanti, ha inteso diffondersi sul quadro di riferimento della decisione assunta.

Ancor oggi è possibile evocare, per fare un esempio, l'epoca in cui i concetti di rilevanza e non manifesta infondatezza, accompagnati da severi riferimenti al criterio di autosufficienza e univocità della motivazione, avevano indotto una proliferazione delle condizioni per il superamento della soglia di ammissibilità, condizioni non di rado vissute dai giudici rimettenti

come ostacoli sparsi sulla via per l'accesso al sindacato di merito della norma censurata. La stessa rilevanza dell'interpretazione costituzionalmente orientata (con le ulteriori discussioni sulla titolarità dell'interpretazione adeguatrice) era stata per un tempo apprezzabile molto enfatizzata dalla Corte, con esiti di inammissibilità delle questioni poste senza una dichiarazione più o meno esplicita di impraticabilità per eventuali letture alternative della disposizione censurata, e con effetti collaterali piuttosto gravi (come l'incentivazione per i giudici comuni a cercare soluzioni interpretative, a volte temerarie e comunque "soggettive", per le ritenute necessità di adeguamento della disciplina di singoli casi concreti al quadro costituzionale). Oggi appare invece chiara, proprio ed anche attraverso nuove modulazioni dei concetti evocati, la rinnovata apertura della Corte verso il dialogo coi giudici comuni, a fini di piena garanzia della legalità costituzionale (e della stessa certezza del diritto).

Processi siffatti possono essere commentati sul piano generale, ma in concreto producono ulteriore complessità del sistema, e mai (o quasi) si manifestano attraverso ribaltamenti netti e decisi della giurisprudenza antecedente. Un manuale od un corso di giustizia costituzionale devono ancor oggi, pur se mirati a guidare la pratica, dedicare spazi rilevanti ai connotati evolutivi dell'argomento preso in considerazione. Per restare all'esempio proposto, si deve ampiamente trattare delle condizioni formali di ammissibilità della questione, sebbene sia palese la maggiore apertura della Corte verso il giudizio di merito, anche descrivendone l'evoluzione nel tempo.

Si pensi solo, tra i molti, al tema dei giudizi di mero accertamento ed alle sue implicazioni sul requisito della incidentalità, tema definito attraverso una serie complessa e non del tutto armonica di decisioni (sentenze n. 1 del 2014, n. 35 del 2017, n. 110 del 2015 e, infine, n. 240 del 2021).

Del resto, il numero delle questioni dichiarate inammissibili, o manifestamente inammissibili, risulta ancora piuttosto elevato.

Un secondo esempio è ancor più immediato, e riguarda la progressiva sovrapposizione di sistemi normativi e di apparati giurisdizionali a tutela di diritti fondamentali ed a garanzia della compatibilità tra l'ordinamento nazionale e le norme dell'Unione europea.

La spinta iniziale verso un carattere diffuso del controllo di compatibilità coi parametri comunitari, segnata in seguito anche da orientamenti estremi e poi abbandonati (riguardo alla pretesa "efficacia diretta" delle norme convenzionali), è stata assecondata dalla stessa Corte costituzionale, attraverso il giudizio di inammissibilità delle questioni fondate su parametri comunitari direttamente efficaci (sentenza n. 170 del 1984, con i suoi innumerevoli seguiti). È noto però che un lungo percorso si è avviato in epoca più recente, fino agli esiti concernenti lo specifico profilo della "doppia pregiudiziale", consacrati nella celeberrima sentenza n. 149 del 2022. Di nuovo, una parabola assai complessa, non direttamente tracciata dal diritto positivo, continuamente incisa da molteplici centri di interpretazione giurisprudenziale.

Va poi ricordato che il sistema delle Carte e delle Corti induce continue variazioni del "diritto sostanziale" sul quale deve essere misurata la legittimità della norma censurata. È significativa ad esempio, nel diritto penale, la valorizzazione o la ridefinizione di parametri come il principio di proporzionalità (esteso all'intero diritto punitivo) o il divieto di *bis in idem*, tracinato dalla sede tradizionale del processo verso l'area del diritto sostanziale, con conseguenze potenzialmente immani sul concetto stesso di legalità formale (si veda ancora la sentenza n. 149 del 2022).

Insomma, le specifiche esigenze formative sottese ad un corso di giustizia costituzionale, concepito per supportare i giudici comuni nell'accesso alle varie sedi di sindacato della legge ordinaria, appaiono complesse ed urgenti.

Non a caso, fin dalla istituzione della Scuola superiore della magistratura, i programmi annuali di formazione permanente hanno sempre garantito la trattazione di temi connessi alla materia, per poi consolidare, a far tempo dal 2016, una offerta concernente in modo specifico la giustizia costituzionale, accompagnata da corsi ulteriori su aspetti particolari (ad esempio in tema di diritto dell'Unione). La corrispondenza dell'opzione ad un bisogno effettivo dei magistrati ordinari è documentata dalla risposta alle relative proposte della Scuola (oltretutto, per vero, dalle valutazioni successive dei corsisti), tanto che, per diverse annualità, le domande di partecipazione sono state le più numerose (ben oltre il migliaio).

D'altra parte, il livello della proposta formativa è stato storicamente garantito, ed anzi incrementato, dalla disponibilità dei vertici della Corte costituzionale ad un fattivo concorso nell'organizzazione materiale e scientifica dei corsi. I Presidenti succedutisi nel tempo hanno consentito non solo che gli incontri si svolgessero (con l'interruzione dovuta alla pandemia) nella prestigiosa sede di Palazzo della Consulta, ma hanno assicurato l'apporto di alcuni dei Giudici costituzionali nelle fasi di ideazione e gestione dei singoli corsi. Così, se la Scuola ha potuto operare in piena autonomia e secondo le proprie esigenze, non è mancato il prezioso apporto di Giuristi massimamente esperti ed aggiornati sui temi prescelti.

Se si osservano comparativamente i programmi dei corsi succedutisi nel tempo, si nota la parziale ricorrenza di un impianto stabile, com'è naturale per un'offerta destinata a favorire un congruo accesso al processo costituzionale. Si nota però, a conferma di quanto rilevato sul continuo sforzo di cogliere le novità fondamentali emerse negli anni precedenti, una concomitante variazione dei temi, o comunque una loro precisazione, atta a guidare relatori e discenti lungo il percorso ritenuto più utile.

Nelle pagine del presente volume sono raccolte le relazioni proposte dai docenti che hanno partecipato agli ultimi due incontri tenuti, rispettivamente nell'anno 2022 e nell'anno 2023.

La Scuola – nell'ambito della propria opzione di fondo per la pubblicazione di *Quaderni* costruiti sul materiale prodotto per i propri corsi di formazione – ha ritenuto che una raccolta di contributi tanto ricca dovesse essere fissata nel tempo ed organizzata secondo un criterio tematico, più che in base alla cronologia dei singoli corsi, così da risultare utile oltre la pur doverosa documentazione degli incontri tenuti a Palazzo della Consulta, e oltre le esigenze di consultazione per fini pratici ed immediati (o, per altro verso, per lo studio del diritto costituzionale in chiave evolutiva).

Per questa ragione la successione degli interventi non rispetta del tutto quella seguita nei corsi, e soprattutto non separa il materiale di produzione più recente (maggio 2023) e quello di generazione precedente (giugno 2022).

Si deve anche avvertire che, nell'ambito dei corsi in questione, sono state tenute relazioni che non compaiono nell'indice del presente volume, poiché, per ragioni varie, non è stato possibile acquisirne una versione scritta. I relativi temi sono comunque trattati, più o meno direttamente, nei contributi qui pubblicati. Durante il corso del 2023 sono state condotte anche "esercitazioni" pratiche, consistite nell'analisi puntuale di singoli casi nel contesto di gruppi ristretti. L'analisi è stata affidata a magistrati ordinari ed amministrativi con ampia esperienza concreta del lavoro presso la Corte costituzionale (si tratta dei cons. Angelo Cerulo

e Lucia Gizzi, nonché del prof. Giorgio Repetto). Poiché il metodo di lavoro è consistito appunto nella presentazione di singoli e significativi provvedimenti della Corte, e poi nella discussione collettiva tra esercitatori e partecipanti, non sono state prodotte relazioni originali, che dunque non compaiono nel presente volume.

Solo poche notazioni, in chiusura, a proposito dei temi trattati e dell'ordine in cui vengono qui presentati.

La rassegna si apre con una prima parte dedicata al nodo da sciogliere di fronte ad una disposizione che, per l'interpretazione datane, parrebbe trovarsi in contrasto con la Costituzione: se cioè vi sono margini per ricorrere agli strumenti correttivi dell'interpretazione, se sussistono altrimenti le condizioni per l'applicazione diretta di fonti alternative, o se infine debba essere sollecitato, per la norma ritenuta illegittima, il giudizio di compatibilità costituzionale ad opera della Consulta (si veda in particolare la relazione del prof. Giampaolo Parodi). Una volta compiuta la scelta del procedimento incidentale, occorre garantire il superamento delle soglie di ammissibilità della questione proposta, dal punto di vista sostanziale come dal punto di vista formale. A tale ultimo proposito si pubblicano gli ulteriori contributi della prof. Biondi e del prof. D'Amico, nonché del cons. Pietro Gaeta), segnati anche da indicazioni assai pratiche per la compilazione del provvedimento introduttivo da parte del Giudice procedente. Ovviamente, ogni contributo presenta un proprio specifico ed autonomo interesse, pur nella parziale coincidenza dei temi.

Nella seconda parte del volume è compiuta una ricognizione dei parametri di legittimità e dei reciproci rapporti, cui possono afferire rimedi diversi nel caso di contrasto tra le norme nazionali e le disposizioni di rango superiore, quando non addirittura tensioni tra norme primarie dell'ordinamento nazionale e norme dei sistemi sovranazionali. Sono ovvi qui i riferimenti alla vicenda della “doppia pregiudiziale” e, per altro verso, alla ipotizzata disapplicazione dei termini prescrizionali del reato in caso di offesa agli interessi finanziari dell'Unione (questione che ha generato la più ampia discussione sui cosiddetti “controlimiti”, a partire dalla ordinanza n. 24 del 2017, con cui la Consulta aveva indotto la Corte di giustizia a moderare il proprio atteggiamento in materia di bilanciamento degli interessi e dei diritti garantiti dalle fonti di rilievo costituzionale).

Questi temi hanno trovato ampia eco nei contributi di illustri docenti, attraverso le cui indicazioni può essere colta l'evoluzione più recente dei problemi connessi (si vedano le relazioni del prof. Roberto Romboli e della prof. Diletta Tega).

Il discorso si collega alla disciplina dei casi in cui l'applicazione di una norma illegittima può o deve essere evitata con strumenti diversi dalla dichiarazione di incostituzionalità, attraverso l'interpretazione o mediante applicazione diretta della disciplina superiore, secondo le logiche del diritto unionale. Strumenti alternativi, appunto, alla manipolazione dettata dalla Corte, che per altro garantisce l'eradicazione definitiva e per tutti valevole della norma incompatibile. Il tema è stato affidato, anche per questo verso (*supra*), al prof. Giampaolo Parodi.

Il prof. Bruno Nascimbene, invece, ha recentemente aggiornato i partecipanti al corso, con taglio anche pratico, relativamente alla “strada” costituita dal rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

L'obiettivo di cogliere “nuovi” parametri generati dalle regole del diritto sovranazionale attraverso l'interpretazione delle Corti di garanzia è stato infine perseguito attraverso il contributo del prof. Roberto Cisotta, cui è stata richiesta una ricognizione generale delle novità che la giurisprudenza sta estraendo dalle Carte fondamentali.

Nondimeno, in due casi (documentati dalla parte terza del volume), è stato chiesto ad illustri giuristi un *focus* sul modo in cui principi fondamentali, pur ampiamente recepiti nella stessa Costituzione e nell'ambito delle citate Carte sovranazionali, stanno operando in tempi recenti quali limiti alla discrezionalità del legislatore ed alla operatività delle leggi. Si allude qui per un verso al principio di uguaglianza ed alle sue implicazioni in tema di ragionevolezza della legge (prof. Roberto Bin, chiamato espressamente a tracciare un quadro evolutivo), e per altro verso alla profondissima trasformazione in atto riguardo al diritto punitivo in generale, fino alle recenti implicazioni del divieto di *bis in idem* (prof. Francesco Palazzo).

Orientando poi l'analisi verso gli esiti del giudizio incidentale, il tracciato proposto mediante il presente volume (parte quarta) prosegue focalizzando alcune delle principali novità emerse rispetto ad un quadro normativo che, inizialmente, appariva compiutamente delineato dalla legge (a partire, per la dichiarazione di illegittimità, dall'art. 136 Cost.) e sostanzialmente segnato dall'alternativa tra l'accoglimento ed il binomio inammissibilità – rigetto. È noto per altro che la tipologia delle decisioni, grazie alla giurisprudenza ed alle relative sistemazioni dottrinali, è divenuta progressivamente più ricca e complessa, dando vita a questioni di particolare interesse teorico, oltre che pratico.

I contributi qui inseriti colgono appunto novità molto recenti e rilevanti, concernenti per un primo verso la possibile scissione cronologica tra valutazione negativa della Corte circa la costituzionalità di una data disciplina e la formale dichiarazione della relativa illegittimità. Per altro verso, si è trattato di indagare l'autoregolazione progressivamente applicata dai Giudici costituzionali circa gli effetti nel tempo delle pronunce ablativo ed additive, per i quali si pongono ormai problemi ben più complessi dell'originario quesito sulla nozione di “fattispecie definita”.

La Corte aveva già sperimentato, in un passato ormai risalente, strumenti come il monito (spesso non recepito dal legislatore) e, più raramente, il ricorso a pronunce con efficacia differita o limitata nel tempo. Di recente, vicende come quella relativa al cosiddetto “ergastolo ostativo” (ordinanze n. 97 del 2021 e n. 122 del 2022), o quella concernente l'aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del 2018), hanno indotto forme nuove di gestione delle questioni complesse e problematiche, prima fra tutte il ricorso ad ordinanze motivate di rinvio della trattazione, colloquialmente definite come “illegittimità anticipate”.

Il tema, delicatissimo (basti pensare al problema della perdurante applicabilità della norma censurata nei giudizi non sospesi e, nel caso del monito “semplice”, dello stesso giudizio *a quo*), è stato affidato a due costituzionalisti, studiosi anche dello specifico argomento, e cioè il prof. Roberto Pinardi ed il prof. Marco Ruotolo.

Agli esiti del giudizio incidentale (nonché alle modalità del suo concreto svolgimento) si è guardato in una duplice prospettiva (parte quinta del volume). Anzitutto si è fornita una puntuale rassegna delle forme e degli adempimenti che caratterizzano lo svolgimento e la conclusione della procedura, rappresentando ai giudici comuni ciò che avviene o dovrebbe avvenire dopo la deliberazione dell'ordinanza di remissione (cons. Marina Maiella, capo dell'Ufficio del ruolo della Consulta), e fornendo le informazioni essenziali su una recente novità (il processo costituzionale telematico, introdotto nelle *Norme integrative* con la revisione del 2021, relazione a cura del cons. Roberto Milana, capo della Cancelleria della Corte).

Infine, per la sua rilevanza pratica, è stato trattato (parte sesta) anche un tema più volte proposto fin dagli avvisi dell'esperienza dei corsi di giustizia costituzionale, e cioè quello del conflitto tra poteri dello Stato, con l'attenzione ovviamente incentrata sui conflitti tra “potere giurisdizionale” e poteri diversi (prof. Francesca Biondi).

Come si vede, la presente pubblicazione, pur non potendo modellarsi per ovvie ragioni quale rassegna completa ed organica della giustizia costituzionale, costituisce una rappresentazione aggiornata delle questioni principali, organizzata secondo schietti criteri formativi ed informativi.

Non resta che ringraziare tutti gli illustri docenti che hanno contribuito alla realizzazione dei corsi nonché, per le ragioni già illustrate, i Presidenti della Corte ed i Giudici costituzionali.

Guglielmo Leo

Introduzione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sui presupposti di ammissibilità del giudizio incidentale di legittimità costituzionale. – 3. I parametri di legittimità costituzionale: diretti e interposti. – 4. In particolare il superamento della c.d. “doppia pregiudizialità” europea. – 5. (*Segue*) La giurisprudenza più recente. – 6. Il divieto di bis in idem. – 7. Principio di ragionevolezza e di proporzionalità. – 8. Il limite della discrezionalità del legislatore. – 9. L’efficacia differita delle sentenze di illegittimità costituzionale. – 10. I moniti nelle pronunce della Corte. – 11. La Corte quale giudice del conflitto tra poteri avente ad oggetto la pronuncia di un giudice.

1. Premessa.

I due corsi sulla giustizia costituzionale, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura e tenuti, secondo tradizione, nella sede della Corte costituzionale, hanno visto la presentazione di plurime relazioni, di grande interesse, che hanno esaminato le problematiche più attuali e maggiormente ricorrenti, soprattutto del giudizio incidentale.

Questo volume le raccoglie tutte in un ordine, che non è quello cronologico della loro presentazione, bensì tendenzialmente sistematico, scontando però che su vari temi le relazioni stesse si intrecciano. In termini molto lati, è possibile individuare una linea tematica prevalente che consente di collocare le relazioni secondo una sequenza ordinata.

Si può prendere le mosse dall’ordinanza di rimessione che solleva l’incidente di costituzionalità e dalle problematiche che essa pone (Parte I). Le nuove tendenze della giurisprudenza in ordine ai presupposti di ammissibilità del giudizio incidentale sono ripercorse (prevalentemente, ma non esclusivamente) nelle relazioni di Francesca Biondi (I), Giampaolo Parodi (I), Giacomo D’Amico e Piero Gaeta, non senza riferimenti a (sempre utili) orientamenti tradizionali.

I parametri del giudizio di costituzionalità, diretti e interposti, soprattutto nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, costituiscono oggetto, in particolare, della Parte II con le relazioni di Roberto Romboli, Diletta Tega, Giampaolo Parodi (II), Roberto Cisotta e Bruno Nascimbene.

Vi sono poi – nella Parte III – quelli che potrebbero denominarsi “parametri generali” – chiavi di accesso di molte questioni – che ampliano il sindacato di legittimità costituzionale: ragionevolezza e proporzionalità. Le relazioni di Roberto Bin e di Francesco Palazzo si confrontano con queste tematiche.

La tipologia delle pronunce della Corte e in particolare la modulazione nel tempo di quelle di illegittimità costituzionale costituiscono un tema classico, ma che vede alcune novità (Parte IV). Di questo ragionano soprattutto le relazioni di Roberto Pinardi e di Marco Ruotolo.

È sempre opportuno ricordare – ciò che fanno Marina Maiella e Roberto Milana – alcune tecniche del giudizio costituzionale, soprattutto dopo l’introduzione del processo telematico (Parte V).

Chiude questa rassegna, la relazione di Francesca Biondi (II), che offre uno sguardo su una tematica abbastanza diversa e autonoma, qual è quella dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, quando è in gioco il potere giudiziario (Parte VI).

2. Sui presupposti di ammissibilità del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

C'è un dato significativo che viene segnalato (Biondi, I): se da una parte diminuisce negli anni il numero complessivo delle pronunce della Corte (quest'anno è il numero più basso da vari lustri), aumentano invece, in numero assoluto e percentuale, le declaratorie di illegittimità costituzionale. Si parla di riaccentramento del giudizio costituzionale lungo convergenti direttrici: l'interpretazione conforme, la rilevanza delle questioni, la c.d. doppia pregiudizialità, la ricerca di soluzioni "adeguate", non più necessariamente a "rime obbligate", il restringimento dell'area non valicabile della discrezionalità del legislatore, e infine la «minore deferenza con cui, negli ultimi anni, la Corte si è posta nei confronti del legislatore e della sfera di discrezionalità spettante a quest'ultimo» (Biondi, I).

La Corte ha rettificato il suo orientamento quanto all'interpretazione conforme (Parodi, I). Mentre in passato si richiedeva che il giudice comune, prima di sollevare l'incidente di costituzionalità, dovesse innanzi tutto esplorare ogni possibilità di interpretazione adeguatrice, orientata alla conformità a Costituzione, e di ciò dar conto nell'ordinanza di rimessione; successivamente si è ritenuto che «[è] sufficiente, in altri termini, che il rimettente affermi di averci "pensato e provato" perché il Giudice costituzionale entri nel merito» (Biondi, I). Prima la Corte tendeva a coinvolgere i giudici comuni in una sorta di sindacato diffuso mediante l'interpretazione conforme. Ora la Corte non esita ad entrare nel merito delle questioni ed essa stessa tende a rifuggire dall'interpretazione conforme, preferendo, quando possibile, la pronuncia di illegittimità costituzionale. È stato affermato che ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni censurate, non è affatto precluso lo scrutinio nel merito della questione (sentenza n. 42 del 2017).

Il fronte più avanzato di questa giurisprudenza – segnala Parodi, I – è nella sentenza n. 104 del 2023, nella quale si ribadisce che l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il giudice rimettente "sostenga" che il tenore letterale della disposizione non consente tale interpretazione.

Anche il presupposto della rilevanza è talora verificato dalla Corte con una certa larghezza (sentenza n. 133 del 2021): «la Corte, dimostrando un chiaro interesse ad entrare nel merito, ha superato talune criticità dell'ordinanza di rimessione» (Biondi, I).

Si fa richiamo alla "zona franca" per affermare l'ammissibilità delle questioni; metafora che sta a significare che talora le maglie del presupposto della rilevanza, che connotano l'incidentalità del giudizio, si allentano quando alla Corte appare necessario entrare nel merito di una questione, che è importante in sé e che altrimenti non potrebbe arrivarle. Si tratta di situazioni in cui nel giudizio principale – quello a quo – si dibatte solo della questione di costituzionalità; non vi è un'altra questione "pregiudicata" da quella di costituzionalità, ma ciò non inficia l'incidentalità del giudizio di costituzionalità. Sono ricordate (Biondi, I) le pronunce rese in materia elettorale: sentenze n. 1 del 2014, n. 35 del 2017, n. 48 del 2021 e n. 240 del 2021.

Le ultime due (in proposito v. anche D'Amico) segnano uno sviluppo che potrebbe essere foriero di ulteriori aggiustamenti, per ora limitatamente alla materia elettorale.

L'ammissibilità della questione (poi, ritenuta inammissibile per altre ragioni) è affermata dalla sentenza n. 240 del 2021 sulla base di una non implausibile motivazione del giudice rimettente in ordine all'interesse ad agire della parte attrice, che domandi il mero accertamento della violazione di un suo diritto, nella specie del diritto di elettorato attivo. Anche la sentenza n. 48 del 2021 fa riferimento all'interesse ad agire per ritenere ammissibile, sotto questo profilo, una questione di legittimità costituzionale sulla raccolta delle firme necessarie alla presentazione delle candidature sollevata in un giudizio di mero accertamento. Un'indiretta apertura a riproporre questo modulo, quanto alla verifica della rilevanza della questione sulla base dell'interesse ad agire nelle azioni di mero accertamento, anche al di là della materia elettorale è colta da Biondi, I, nell'ordinanza n. 103 del 2022.

La prospettiva sembra tracciata: in un giudizio di mero accertamento di un diritto, o della lesione di un diritto, ove sussista l'interesse ad agire, l'unica questione controversa potrebbe anche essere solo quella di legittimità costituzionale; l'incidentalità del giudizio costituzionale sarebbe assicurata, comunque, dalla verifica che il giudice rimettente è tenuto a fare in ordine alla rilevanza (ossia all'interesse ad agire) e alla non manifesta infondatezza della questione.

È stato poi segnalato (Biondi, I) che la Corte ha ammesso questioni di costituzionalità sollevate sulla fonte primaria "nel combinato disposto interpretativo" di alcune disposizioni di carattere regolamentare. Nella sentenza n. 241 del 2019 la Corte ha affermato che è possibile il sindacato di costituzionalità sulla fonte primaria, quando questa diventa in concreto applicabile attraverso le specificazioni formulate in quella secondaria, che della prima costituisce il completamento.

Invece il sindacato di legittimità della normativa subprimaria è rimesso alla cognizione del giudice comune, ossia alla giurisdizione di annullamento del giudice amministrativo e al potere di disapplicazione incidentale di ogni altro giudice (sentenza n. 174 del 2023).

Quanto all'identificazione del "giudice", che può sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale, si segnala (D'Amico) la sentenza n. 13 del 2019. La Corte ha considerato legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi non incardinati in un ordine giudiziario, ma sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà, che invece è stato ritenuto mancare nell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, diversamente che per i collegi arbitrali (sentenza n. 376 del 2001 e, più recentemente, sentenza n. 210 del 2021).

La legittimazione della Corte dei conti è stata affermata dalla sentenza n. 18 del 2019, con riferimento all'esercizio delle funzioni attribuite dalla legge per l'attuazione e il rispetto del piano di riequilibrio finanziario pluriennale, che costituisce il fulcro della procedura di predissesto (D'Amico). Parimenti ammissibili sono state ritenute questioni di legittimità costituzionale nel corso del procedimento di certificazione della compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio della Regione Siciliana dei costi derivanti dall'ipotesi di contratto collettivo regionale di lavoro (sentenza n. 89 del 2023).

Giudice rimettente può essere anche la stessa Corte costituzionale: D'Amico segnala l'ordinanza n. 94 del 2022, in materia di esenzione dell'imposta municipale propria (IMU) per l'abitazione principale, e l'ordinanza n. 18 del 2021, in tema di assunzione automatica del cognome paterno in caso di riconoscimento contemporaneo del figlio da parte di entrambi i genitori.

Confermata è la giurisprudenza costituzionale in tema di legittimazione del giudice della cautela a sollevare questioni di legittimità costituzionale, anche quando abbia concesso la misura cautelare a condizione che il rimettente non abbia consumato la sua *potestas iudicandi* e che quindi non abbia provveduto in modo definitivo sull'istanza, riservandosi di rivalutarla

dopo la decisione della Corte. Anzi la concessione della misura cautelare comporta l'instaurazione del giudizio di merito senza necessità di ulteriori adempimenti (sentenza n. 200 del 2014); per ipotesi di inammissibilità della questione per consumazione del potere di provvedere v. sentenza n. 162 del 2021 e ordinanza n. 22 del 2023.

È stata confermata la dottrina del diritto vivente (Parodi, I). In presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice a quo, se pure è libero di non uniformarvisi e di proporre una sua diversa esegesi, ha, alternativamente, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di diritto vivente e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (sentenze n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016).

Ma la Corte si riserva di verificare se effettivamente sussista, o no, una situazione di diritto vivente. Un isolato precedente giurisdizionale del Consiglio di Stato e il riferimento ad unico precedente di merito del giudice ordinario non danno luogo ad una situazione di diritto vivente (sentenza n. 101 del 2023).

3. I parametri di legittimità costituzionale: diretti e interposti.

Il parametro del giudizio incidentale di costituzionalità può essere – come è noto – diretto o interposto.

Il parametro diretto è costituito da una disposizione che contiene essa stessa la norma di raffronto. Il parametro è, invece, indiretto o interposto quanto la disposizione di rango costituzionale contiene un rinvio ad altra disposizione, che è quella che reca la norma di raffronto.

L'ipotesi tipica di parametro interposto è quello delle disposizioni della legge di delega che contengono i criteri direttivi per l'esercizio del potere normativo delegato.

L'altra importante fattispecie di parametro interposto è quella che le pronunce “gemelle” del 2007 (sentenze n. 347 e n. 348 del 2007) hanno individuato per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.; disposizione questa che prescrive che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Si è ritenuto dalla Corte che la normativa europea e internazionale possa essere evocata a raffronto per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. per la verifica di costituzionalità della normativa primaria interna; ciò che si è verificato ripetutamente soprattutto per le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*ex plurimis* sentenza n. 25 del 2019), ma anche con altri trattati internazionali, quali la Carta sociale europea nell'ambito dello stesso Consiglio d'Europa (sentenze n. 120 e n. 194 del 2018).

Quanto in particolare alle norme della CEDU, evocate come parametro interposto, rileva specificamente l'interpretazione che di esse abbia dato la Corte EDU.

Anche la normativa dell'Unione europea, la cui interpretazione è rimessa alla Corte di giustizia, può essere evocata a parametro interposto.

A questo proposito un tema di recente attualità è il superamento del canone della c.d. doppia pregiudizialità, esaminato diffusamente da Romboli e Tega, ma presente anche in altre relazioni (D'Amico, Cisotta, Nascimbene, Parodi I).

In particolare, Romboli ritiene che, con riguardo all'ipotesi di denuncia di una violazione congiunta della Costituzione e della Carta, e alla iniziativa del giudice di rivolgersi prioritariamente alla giustizia costituzionale, il termine “necessità” è stato sostituito, nella giurisprudenza della Corte, con quello di “opportunità”, a significare quindi che la scelta viene

lasciata al giudice, solo se convinto delle ragioni indicate dalla Corte nel senso della priorità costituzionale. I giudici comuni, comunque, potranno sottoporre alla Corte di giustizia “sulla medesima disciplina, qualsiasi pregiudiziale a loro avviso necessaria”, dovendosi escludere che vi sia una preclusione “anche dopo il giudizio incidentale”.

Romboli, poi, segnala che la Corte ha affermato che, una volta che il giudice ha fatto ricorso alla Corte di giustizia, egli è obbligato a seguire le indicazioni di quest’ultima, da ritenersi vincolanti in ragione del ruolo di quest’ultima di uniformare l’interpretazione del diritto europeo (sentenza n. 67 del 2022). Di conseguenza, secondo la Corte costituzionale, la mancata disapplicazione del diritto nazionale viola il principio di eguaglianza tra tutti gli Stati e quello del primato del diritto europeo che costituisce l’architrave su cui poggia la comunità di Corti tenute insieme da convergenti diritti ed obblighi.

Secondo Tega il caso Taricco (ordinanza n. 24 del 2017; sentenza n. 115 del 2018) parrebbe aver indicato alla Corte costituzionale come essa può davvero risultare centrale e influente nella tutela dei diritti solo attraverso il raccordo ed il dialogo con le altre Corti europee e, in particolare, con la Corte di giustizia. Il dialogo tra le due Corti emerge dai rinvii pregiudiziali fatti dalla Corte costituzionale relativi: a) al c.d. diritto al silenzio in materia di sanzioni CONSOB (ordinanza n. 117 del 2019); b) all’assegno di natalità e di maternità, c.d. bonus bebè (ordinanza n. 182 del 2020); c) alla disciplina del mandato di arresto europeo (ordinanze n. 216 e n. 217 del 2021).

Tega, poi, esamina in dettaglio la giurisprudenza della Corte di cassazione che talora ha dato priorità all’incidente di costituzionalità, talaltra al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; ma «l’atteggiamento è ancora confuso e variegato».

4. In particolare il superamento della c.d. “doppia pregiudizialità” europea.

Forse non è superfluo osservare che l’assetto dei rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario è saldamente fissato dalla sentenza n. 170 del 1984 (concernente la normativa regolamentare comunitaria, ora europea, direttamente applicabile *ex se* senza necessità di trasposizione), la quale ha operato il revirement delle pronunce degli anni Settanta, e la sentenza n. 168 del 1991 (relativa alle direttive *self-executing*). Questo assetto non è stato più messo in discussione per anni e non lo è neppure attualmente nella misura in cui permangono il primato del diritto europeo (già comunitario, ora euronunitario) e l’obbligo del giudice nazionale di disapplicare (non applicare) la normativa nazionale contrastante con quella europea, direttamente applicabile.

Invece il c.d. canone della doppia pregiudizialità fa la sua apparizione anni dopo nell’ordinanza n. 536 del 1995, con una formulazione un po’ “sotto tono” perché con mera ordinanza, la quale però avrebbe condizionato per anni la giurisprudenza della Corte e che subito suscitò allarme nella Corte di giustizia (per riassicurare quest’ultima ci fu, all’indomani di questa ordinanza, un incontro bilaterale a Lussemburgo tra le due Corti).

Il sintagma “doppia pregiudizialità” significava che la Corte non avrebbe mai fatto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, smentendo così la sentenza n. 168 del 1991 che, solo pochi anni prima, aveva affermato il contrario. Ciò perché – richiamando un vecchio precedente di oltre trenta anni prima (sentenza n. 13 del 1960) – la «Corte costituzionale [...] esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni» e «pertanto nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella

"giurisdizione nazionale" alla quale fa riferimento l'art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea».

Da ciò conseguiva che il giudice rimettente, il quale allegasse una norma comunitaria (in seguito, europea) a presupposto della censura di costituzionalità, doveva farsi carico di adire innanzi tutto quest'ultima con rinvio interpretativo (prima pregiudiziale) per provocare quell'interpretazione certa ed affidabile che solo la Corte di giustizia poteva dare e poi, eventualmente, sulla base di questa interpretazione, avrebbe potuto sollevare l'incidente di legittimità costituzionale (seconda pregiudiziale). Infatti, l'esito del giudizio, definito con l'ordinanza n. 536 del 1995, non fu l'inammissibilità della questione di costituzionalità, ma la restituzione degli atti al giudice rimettente perché seguisse l'iter processuale giusto, rispettando appunto il canone della "doppia pregiudizialità".

In questo modo la Corte si tirava fuori dall'interlocuzione con la Corte di giustizia; il dialogo con quest'ultima, tramite il rinvio pregiudiziale interpretativo, sarebbe stato solo con i giudici comuni (ordinario e speciali).

Questa dottrina della doppia pregiudizialità è entrata in crisi già quando, anni dopo, la Corte ha fatto il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: innanzi tutto in un giudizio in via principale (ordinanza n. 103 del 2008), al quale però non trovava applicazione il canone della doppia pregiudizialità, e poi, per la prima volta, proprio in un giudizio in via incidentale (ordinanza n. 207 del 2015), così smentendo e superando l'ordinanza n. 536 del 1995.

Poi è arrivata la questione Taricco – e il noto rinvio pregiudiziale (per così dire, *ad opponendum*) di cui all'ordinanza n. 24 del 2017 – a mostrare quanto fosse necessario, per la Corte costituzionale, non rimanere al margine della dinamica maieutica del diritto eurounionale, attivata con i rinvii pregiudiziali interpretativi dei giudici comuni, nazionali e non.

C'era poi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, con i suoi principi e diritti fondamentali, intersecava norme della Costituzione italiana e, se il dialogo fosse rimasto solo tra Corte di giustizia e giudici comuni, tenuti a disapplicare la normativa interna contrastante con quella europea, c'era la prospettiva di un ampio sindacato diffuso sulla legittimità della normativa nazionale, che avrebbe schermato quello di costituzionalità, mentre appartiene all'"identità nazionale" del nostro ordinamento giuridico (art. 4 TUE) il controllo accentrato nella Corte costituzionale.

L'abbandono del canone della doppia pregiudizialità, per effetto di un felice obiter contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, messo a punto dalla giurisprudenza successiva (soprattutto la sentenza n. 20 del 2019, ma anche le sentenze n. 63 e n. 112 dello stesso anno), ha ricollocato la Corte nel circuito europeo.

Ciò non significa riaccentramento della Corte, ma soltanto un suo ruolo maggiormente attivo di interlocuzione con la Corte di giustizia, ritenendo ammissibili questioni che prima non lo sarebbero state e facendo il rinvio pregiudiziale interpretativo, quando necessario.

Il percorso predicato dalla doppia pregiudizialità, infatti, non è stato invertito, nel senso che – come pure pareva inizialmente che fosse – non è prescritto che, quando i diritti fondamentali in gioco, sono tutelati sia dalla Costituzione sia dalla CDFUE e dal diritto europeo derivato, il giudice comune debba prima sollevare l'incidente di legittimità costituzionale e poi eventualmente fare il rinvio pregiudiziale interpretativo. Si ha invece che è auspicato – ha chiarito la giurisprudenza (soprattutto la ricordata sentenza n. 20 del 2019) – che ciò faccia il giudice comune perché, nel sistema accentrato di giustizia costituzionale, che appartiene all'"identità nazionale" dell'ordinamento giuridico, è bene che la Corte abbia la "prima parola" e conseguentemente abbia la possibilità di essere attiva nel fare eventualmente

il rinvio pregiudiziale, fermo restando che i giudici comuni sono a loro volta liberi di farlo anch'essi sia prima, sia dopo, e per qualsivoglia profilo (non soltanto per “profili ulteriori”). Però rimane immutata la possibilità per il giudice comune di fare “da solo” disapplicando, ricorrendone i presupposti, la normativa interna contrastata con quella europea di diretta applicazione. Ma laddove quest'ultima non sia di diretta applicazione o non sia *self-executing*, si pone una questione di legittimità costituzionale in riferimento alla stessa come parametro interposto.

5. (Segue): La giurisprudenza più recente sulla “doppia pregiudizialità”.

Le relazioni della Parte II si segnalano anche per aver messo in evidenza i casi (e i “percorsi”) esaminati dalla giurisprudenza più recente alla luce del nuovo orientamento dopo la sentenza n. 269 del 2017.

Il primo caso (sentenza n. 20 del 2019) è particolarmente significativo innanzi tutto perché ha consentito alla Corte di operare gli opportuni chiarimenti, nei termini appena indicati, in ordine alla svolta giurisprudenziale del 2017. Il giudice rimettente lamentava la violazione di parametri interni unitamente a norme del diritto europeo, sia primario che derivato, quali parametri interposti; norme le quali non contenevano una “regola europea” (*self-executing*), direttamente applicabile con il meccanismo della disapplicazione, ma un principio, come già affermato in proposito dalla Corte di giustizia in riferimento a un caso analogo. In tale situazione – afferma la Corte – «va preservata l'opportunità di un intervento con effetti erga omnes» della Corte perché abbia la «prima parola»; ma «[r]esta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» (è questo l'importante chiarimento della Corte). Le pronunce successive confermeranno queste precisazioni: non c'è un obbligo per il giudice comune, ma è raccomandato che, in situazioni del genere, la Corte costituzionale sia adita per prima.

In tal modo la Corte si riappropria della possibilità di interloquire direttamente con la Corte di giustizia, ma può anche, ricorrendone i presupposti, fare da sé ove ritenga non necessario il rinvio pregiudiziale interpretativo.

Nella fattispecie al suo esame, in realtà, la Corte fa sé perché perviene ad una pronuncia di illegittimità costituzionale (parziale) sulla base del solo parametro interno del principio di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), pur letto anche alla luce dei principi europei, e, nell'assorbire altri parametri, non manca di fare anche una (assai significativa, seppur sintetica) valutazione di non fondatezza parziale con riferimento altresì all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione ai parametri europei interposti. L'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere accessibili, a fini di trasparenza, una serie di dati relativi ai dirigenti pubblici apicali, quali i compensi ad essi erogati e in generale la loro dichiarazione dei redditi, non contrasta neppure con gli artt. 7, 8 e 52 CDFUE (mentre contrasta con l'art. 3 Cost. quanto agli altri dirigenti, quelli non apicali).

Il ripristinato ruolo attivo della Corte costituzionale a livello europeo nel rapporto alla Corte di giustizia è testimoniato dai rinvii pregiudiziali interpretativi: ce ne sono stati quattro in sequenza ravvicinata (ordinanze n. 117 del 2019; n. 182 del 2020; n. 216 e n. 217 del 2021) con altrettante pronunce rese dopo la decisione della Corte di giustizia (sentenze n. 54 e 67 del 2022, n. 177 e n. 178 del 2023). Le relazioni ne danno puntuale conto.

Significativo del nuovo corso giurisprudenziale è il confronto tra le sentenze n. 54 e 67 del 2022 della Corte costituzionale, entrambe rese a seguito di rinvii pregiudiziali alla Corte di

giustizia, ma operati l'uno dalla stessa Corte costituzionale, l'altro dal medesimo giudice rimettente (la Corte di cassazione), prima di sollevare l'incidente di costituzionalità.

Nel primo caso la Corte di giustizia aveva accertato che non era compatibile con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con il diritto alla parità di trattamento enunciato dall'art. 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE, una normativa nazionale che concedeva l'assegno di natalità e l'assegno di maternità ai soli titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

All'esito di tale pronuncia la Corte costituzionale, investita dal giudice rimettente (la Corte di cassazione), che aveva optato per l'incidente di costituzionalità piuttosto che per il rinvio pregiudiziale interpretativo, rimuove tale disparità con una pronuncia di illegittimità costituzionale (sentenza n. 54 del 2022).

Nel secondo caso la Corte di giustizia, pronunciandosi a seguito di rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione, aveva dichiarato che l'art. 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109/CE ostava a una disposizione, come l'art. 2, comma 6-*bis*, della legge n. 153 del 1988, secondo il quale non fanno parte del nucleo familiare di cui a tale legge il coniuge nonché i figli ed equiparati di cittadino di paese terzo che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica italiana, salvo reciprocità o convenzione internazionale, posto che la Repubblica italiana non si è avvalsa della deroga consentita dall'art. 11, paragrafo 2, della medesima direttiva, non essendo stata espressa una tale intenzione in sede di recepimento della direttiva 2003/109/CE nel diritto nazionale.

Successivamente la Corte costituzionale – investita dalla stessa Corte di cassazione, che aveva fatto il rinvio pregiudiziale interpretativo prima di sollevare l'incidente di costituzionalità – ha verificato che, a seguito della pronuncia della Corte di giustizia, dovevano considerarsi integrati tutti i presupposti per la disapplicazione della normativa nazionale contrastate con quella europea e che quindi la questione di illegittimità costituzionale era divenuta priva di rilevanza; di qui la pronuncia di inammissibilità (sentenza n. 67 del 2022).

Insomma, il giudice comune, se opta di fare prima il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale accerti il contrasto tra la normativa nazionale e quella europea, poi in linea di massima deve adottare una pronuncia conseguenziale se sussistono i presupposti della disapplicazione della normativa nazionale. Se invece il giudice comune sceglie di sollevare prima la questione di legittimità costituzionale e il rinvio pregiudiziale interpretativo è fatto dalla Corte costituzionale, è quest'ultima che trae le conseguenze della decisione della Corte di giustizia, che accerti il contrasto con la normativa europea, adottando la pronuncia di illegittimità della normativa nazionale.

In questa seconda evenienza – ha precisato la sentenza n. 149 del 2022 ampliando ulteriormente il perimetro del sindacato di costituzionalità – «l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti erga omnes, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.».

6. Il divieto di bis in idem.

Il tema del divieto di bis in idem è esaminato diffusamente soprattutto da Parodi, II, con riferimento alla sentenza n. 149 del 2022, da ultimo citata.

Il sistema di tutela multilivello ha un punto di emersione proprio con riferimento al principio del ne bis in idem, che appartiene ai principi costituzionali di rango europeo (art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

La disposizione della Convenzione (art. 4, Prot. n. 7) prescrive che nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.

La parallela disposizione della Carta (art. 50) stabilisce parimenti che nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

È questa una garanzia non prevista espressamente dalla Costituzione italiana, ma contenuta in una norma (del codice di procedura penale) di rango primario.

Nell'ordinamento nazionale il principio del ne bis in idem è settoriale, perché riferito al processo penale, ed è sancito da una disposizione di legge ordinaria: l'art. 649 c.p.p., che infatti stabilisce che l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto.

Il problema dell'operatività di tale principio, in riferimento alla garanzia posta dalla Convenzione e dalla Carta, si pone quando per lo stesso fatto sono previste sia una sanzione penale, sia una amministrativa di tipo punitivo; ciò che è ben possibile che il legislatore faccia.

La garanzia che deriva dai parametri europei è di tipo processuale, non sostanziale, perché essi non escludono che il legislatore nazionale possa prevedere che a chi ha commesso un fatto illecito, in senso lato, siano applicabili congiuntamente (ma anche disgiuntamente) una sanzione penale ed una amministrativa o civile. Nessun canone costituzionale né nazionale, né europeo, richiede che il legislatore debba "scegliere" e possa irrogare solo una delle due sanzioni, ma non entrambe.

È anche possibile che ci siano due procedimenti distinti, uno penale e uno amministrativo o civile, per lo stesso fatto, diretti all'accertamento dei presupposti di applicazione delle rispettive sanzioni; accertamento devoluto alla competenza (o finanche alla giurisdizione) di giudici diversi.

Ma i due processi devono avere una stretta continuità e connessione perché possano essere considerati, in sostanza, come un unicum. Non è possibile che, celebrato e definito un processo, penale o amministrativo o civile, per l'accertamento dell'applicabilità di una sanzione, l'autore del fatto sia sottoposto ad un nuovo, pur diverso, processo per lo stesso fatto per l'applicazione dell'altra sanzione. In ciò sta la garanzia del divieto di bis in idem, che deriva dai parametri europei e che, nella sostanza, estende la garanzia dell'art. 649 c.p.p. a tutto il diritto punitivo (penale in senso stretto e sanzionatorio civile o amministrativo), elevandola a rango di parametro costituzionale.

Ciò emerge dalla giurisprudenza della Corte Edu nella sentenza A e B contro Norvegia: il divieto di bis in idem è rispettato solo se i due procedimenti finalizzati all'irrogazione delle sanzioni, penali e amministrative, ma entrambe di natura punitiva, possano ritenersi avvinti da una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, così che tali procedimenti appaiano come parti di un unico sistema integrato di tutela dei medesimi beni

giuridici, insuscettibile di produrre effetti sproporzionati sui diritti fondamentali dell'interessato. Ove così fosse, il sistema di “doppio binario” disegnato dal legislatore non sarebbe compatibile con l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e, conseguentemente, con l'art. 117, primo comma, Cost. Lo stesso può, poi, predicarsi anche con riferimento all'art. 50 CDFUE.

La Corte costituzionale ha fatto applicazione di questo principio una prima volta per pervenire all'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata, orientata alla conformità al principio del *ne bis in idem* sì da evitare l'applicazione di una seconda sanzione per lo stesso fatto in un processo completamente diverso e non collegato al primo (sentenza n. 145 del 2020). La pronuncia ha avuto ad oggetto l'art. 709-ter, secondo comma, n. 4), c.p.c., censurato nella parte in cui prevede che, nell'ambito di un giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il genitore che abbia posto in essere atti che arrechino pregiudizio al minore sia passibile della «sanzione amministrativa pecuniaria» anche quando per lo stesso fatto è stato condannato in sede penale (sentenza n. 145 del 2020).

In una seconda occasione la Corte ha adottato una pronuncia di incostituzionalità calibrata sulla sequenza del caso concreto: era stata irrogata prima una sanzione amministrativa per la violazione del diritto d'autore (per riproduzione e vendita di opere letterarie fotocopiate) e solo a distanza di tempo si era proceduto per la sanzione penale (con decreto penale di condanna). La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge (sentenza n. 149 del 2022).

Si tratta, però, di un rimedio che la stessa Corte riconosce essere “parziale”, perché ben potrebbe essere più rapido il processo penale (ad esempio, in caso di decreto penale non opposto); in tal caso, se la sanzione penale è irrogata per prima in modo definitivo, non sarebbe possibile – ostandovi in principio del *ne bis in idem* – che nel giudizio amministrativo o civile (se non avvinto da una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”) si accertino i presupposti di applicabilità della sanzione amministrativa.

7. Principio di ragionevolezza e di proporzionalità.

Le relazioni di Bin e Palazzo trattano – in particolare, ma non solo – della ragionevolezza e della proporzionalità come canoni di valutazione della legittimità costituzionale delle leggi.

Il canone di ragionevolezza nasce come criterio di valutazione di una disciplina differenziata della fattispecie oggetto del giudizio principale rispetto a quella di un'altra fattispecie, indicata dal giudice rimettente come *tertium comparationis*. Quindi inizialmente la ragionevolezza apparteneva null'altro che all'operatività del principio di eguaglianza.

Nella giurisprudenza della Corte degli anni Cinquanta il termine “ragionevolezza” non appare affatto. Compare in quella degli anni Sessanta. Nella sentenza n. 110 del 1968 la Corte ritiene che difettesse di ragionevolezza la perseguibilità penale, per la contravvenzione di cui all'art. 708 c.p. (possesso ingiustificato di valori), di chi fosse stato condannato per mendicizia, o ammonito, o sottoposto a misura di sicurezza personale e a cauzione di buona condotta. Ma si trattava pur sempre dell'applicazione del principio di eguaglianza perché la Corte aveva posto in comparazione le varie condizioni personali previste per la sussistenza del reato e aveva ritenuto, all'esito di tale comparazione, che il reato si giustificasse per chi aveva precedenti penali specifici, relativi a condanne per delitti determinati da motivi di lucro o per

contravvenzioni attinenti anch'esse alla tutela, sia pure indiretta, del patrimonio. Non si giustificava, invece, per le altre condizioni personali (quelle di chi era stato condannato per mendicizia, o ammonito, o sottoposto a misura di sicurezza personale e a cauzione di buona condotta).

Nella sua relazione Bin ricorda che inizialmente il giudizio di ragionevolezza si è sviluppato, nella giurisprudenza della Corte, in uno schema rigorosamente trilatero: in esso, una norma, tratta da leggi ordinarie (la norma censurata dal giudice a quo), viene raffrontata con un'altra norma ordinaria assunta a paragone (*tertium comparationis*), e la Corte si interroga sulla “ragionevolezza” della differenziazione o dell'equiparazione del trattamento previsto dalle due norme.

In questo schema trilaterale viene in rilievo la ratio legis, che non è l'intenzione del legislatore, ma la coerenza normativa della disciplina di un assetto degli interessi.

Ragionevolezza e principio di eguaglianza sono legati al mutevole contesto storico-sociale.

Forse proprio la sentenza n. 91 del 1973, citata da Bin, segna un cambiamento di passo. La Corte esamina la “ragionevolezza” in sé del divieto di donazioni tra coniugi (art. 781 c.c.) con un'approfondita analisi storica, a partire dalle fonti romanistiche, e conclude per il difetto di ragionevolezza del divieto, che infatti viene dichiarato costituzionalmente illegittimo, mentre la comparazione con altre fattispecie di donazioni è solo sullo sfondo. Lo stesso può dirsi per la sentenza n. 126 del 1968 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'adulterio della donna (art. 559 c.p.).

La “ragionevolezza” progressivamente si stacca dal principio di eguaglianza e diventa un autonomo parametro costituzionale, seppur gemmato da quest'ultimo. Si parla di ragionevolezza/irragionevolezza intrinseca, non più strettamente legata al confronto con un *tertium comparationis* per verificare l'eventuale violazione del principio di eguaglianza.

La Corte tiene ormai distinti il principio di eguaglianza e quello di ragionevolezza. Ad esempio, nella sentenza n. 56 del 2020 la Corte ritiene violati l'uno e l'altro. Più recentemente la sentenza n. 201 del 2023 parla di «irragionevolezza intrinseca» della disciplina censurata, che finisce per frustrare lo scopo perseguito dal legislatore. Nella sentenza n. 119 del 2023 la Corte ha ritenuto irragionevole in sé l'inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati.

La ragionevolezza può essere valutata anche con riferimento ai “dati scientifici”, come nelle pronunce della Corte in materia di vaccinazioni obbligatorie.

Anche se rimane comunque, come prescrive l'art. 28 legge n. 87 del 1953, che il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, il criterio della “ragionevolezza”, in questa accezione di parametro autonomo, ha ampliato lo spazio del sindacato di costituzionalità ed è presente sempre più frequentemente nella giurisprudenza della Corte (nel 2023 una pronuncia su due vi fa riferimento).

Al principio di ragionevolezza si affianca quello di proporzionalità, trattato in particolare dalla relazione Palazzo. Esso è, in fondo, derivato dal principio di ragionevolezza applicato al diritto sanzionatorio, penale e amministrativo/civile. Una sanzione è “ragionevole” se è “proporzionata” all'illecito commesso.

Nella giurisprudenza più recente (a partire dalla sentenza n. 227 del 2010, che è la prima a farvi riferimento) si parla a questo proposito di “test di proporzionalità”, che marca in modo ancor più evidente la raggiunta autonomia del parametro. Ha affermato la Corte (da ultimo sentenza n. 88 del 2023) che, in presenza di una questione concernente il bilanciamento tra due diritti, il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del test di

proporzionalità, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di tali obiettivi. Ragionevolezza e proporzionalità hanno, quindi, una matrice unitaria.

C'è infine un aspetto problematico ulteriore. Se ragionevolezza e proporzionalità sono canoni di valutazione della legittimità costituzionale delle leggi, c'è da chiedersi se possano, o no, esser prese in considerazione anche dai giudici comuni, ordinario e speciale, in sede di interpretazione conforme per adeguare le norme a tali parametri. Secondo Bin «è evidente che non sempre quello che la Corte può fare in sede di giudizio di ragionevolezza è ammesso che il giudice comune possa compierlo con lo strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione».

8. Il limite della discrezionalità del legislatore.

È proprio il sindacato sulla ragionevolezza e proporzionalità delle leggi, per la sua ampiezza, a chiamare in causa il limite posto dal citato art. 28 della legge n. 87 del 1953, che segna la linea di demarcazione tra controllo di legittimità costituzionale e scelte politiche rimesse alla discrezionalità del legislatore.

La dottrina (recentemente Spadaro) parla di «definitivo superamento dei limiti posti dall'art. 28, l. n. 87/1953». Ma la difficoltà di tracciare questa linea di confine non esclude che un limite ci sia – ciò che in realtà riconosce la giurisprudenza stessa (quale «limite fondamentale posto all'azione di questa Corte» (sentenza n. 223 del 2015) e, in un caso, finanche allegato dal giudice rimettente quale parametro di costituzionalità (ordinanze n. 27, 93 e 203 del 1990) – come punto di equilibrio tra *checks and balances* in un sistema di democrazia rappresentativa connotato dalla divisione di poteri e dal sindacato accentrato di legittimità costituzionale.

Nella sentenza n. 390 del 2006 la Corte ha affermato «come non poteva dirsi priva di qualsiasi ragionevolezza la disciplina del 1996, così non può dirsi irragionevole l'opposta disciplina del 2003, e deve concludersi che il legislatore ha, nell'un caso e nell'altro, esercitato null'altro che il suo discrezionale potere (art. 28 legge n. 87 del 1953)». Più *trachante* è la sentenza n. 42 del 2012: «[l]'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87[...], con disposizione di chiara valenza sistematica, impone infatti alla Corte, nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, di astenersi da ogni valutazione di tipo politico e da ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Al riguardo, viene ricordata la sentenza n. 236 del 2016, che ha premesso che la Corte non può pronunciare in ordine a «valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, alle quali è unicamente chiamata la rappresentanza politica, attraverso la riserva di legge sancita nell'art. 25 Cost.»; e ancora: «[p]er non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta [...] in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo». Ma, nel rispetto di questo limite, è possibile ravvisare una irragionevolezza della disposizione censurata nella determinazione della pena; ciò che fa appunto la sentenza n. 236 del 2016.

Più recentemente il superamento della dottrina delle “rime obbligate” con l'affermazione di quella delle “rime adeguate” (*ex plurimis* sentenza n. 28 del 2022) ha spostato il limite dell'art.

28 cit., ampliando il sindacato della Corte, anche se temperato dalla affermata inammissibilità di questioni che richiedono una revisione di sistema per discrezionalità del legislatore (recentemente, sentenza n. 221 del 2023).

9. L'efficacia differita delle sentenze di illegittimità costituzionale.

Il tema dell'efficacia differita delle pronunce di illegittimità costituzionale e quello della “anticipazione” del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione è stato trattato, soprattutto, da Pinardi e da Ruotolo.

Sono due profili distinti entrambi di grande interesse ed attualità.

Quanto alla modulazione nel tempo dell'efficacia delle pronunce di illegittimità costituzionale occorre distinguere. È possibile che la norma censurata vada in collisione con il parametro evocato dal giudice rimettente solo a partire da un certo momento successivo all'entrata in vigore della prima. L'esempio paradigmatico è quello della sentenza n. 416 del 1992: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale, sopravvenuta dal 12 marzo 1987, dell'art. 710 c.p.c., nel testo precedente a quello sostituito dall'art. 1 legge 29 luglio 1988 n. 331, nella parte in cui non prevede l'intervento del pubblico ministero per la modifica dei provvedimenti riguardanti la prole. Non può parlarsi di limitazione della efficacia retroattiva della pronuncia di illegittimità costituzionale: prima di quella data (12 marzo 1987) semplicemente non c'era proprio l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata. Altro analogo esempio più recente è la sentenza n. 189 del 2021: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale, a far data dal 29 aprile 2006, dell'art. 6, comma 2, lettere b) e c), della legge della Regione Lazio 9 luglio 1998, n. 27. Prima del 29 aprile 2006, data di entrata in vigore del codice dell'ambiente, la legge regionale non era costituzionalmente illegittima (sotto il profilo esaminato dalla Corte).

In tal modo la Corte non modula nel tempo gli effetti delle proprie pronunce di illegittimità costituzionale; bensì verifica a partire da quando si è determinato il vizio: ciò che di norma avviene a partire dalla data di entrata in vigore della disposizione dichiarata illegittima, ma potrebbe essere da un momento successivo senza che ciò costituisca un'anomalia.

Diversa, in realtà, è l'ipotesi in cui la Corte opera un bilanciamento tra i diritti fondamentali lesi, in accoglimento delle censure prospettate dell'ordinanza di rimessione, e altri diritti; bilanciamento che appartiene all'ordinario “mestiere” della Corte e che potrebbe portare, ad esempio, ad una pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore ad intervenire. Ma non necessariamente l'esito di questo bilanciamento si pone in semplice forma binaria (di prevalenza o di subvalenza di diritti fondamentali). Può anche porsi con esiti diversi se si considera altresì la variabile “tempo”. È la “relatività” – se il termine non appare esagerato – della valutazione di illegittimità costituzionale: c'è un momento in cui dalla valutazione in termini di subvalenza (e quindi di inammissibilità o non fondatezza della questione) si passa ad una di prevalenza (e quindi di illegittimità costituzionale).

La logica di fondo è sostanzialmente analoga in tutte queste ipotesi, che rimangono nel perimetro dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953.

I casi non sono numerosi e sono ricordati da Pinardi e Ruotolo: il più noto è la sentenza n. 10 del 2015 sulla *Robin Tax*; ma cfr. anche le sentenze n. 266 e n. 501 del 1988, n. 50 del 1989, n. 1 del 1991, n. 1 del 2014, n. 178 del 2015, n. 71, 74 e 180 del 2018, n. 246 del 2019, n. 152 del 2020, n. 189 del 2021, nonché, più recentemente, la sentenza n. 1 del 2024. Questo bilanciamento diacronico può spingersi fino a quando la variabile “tempo” raggiunge il valore

dell'attualità, ossia il momento stesso della pronuncia. In tal caso il bilanciamento si risolve nella dichiarazione di illegittimità costituzionale *ex nunc*.

Ciò significa anche che difficilmente possa esserci un differimento *pro futuro*, salvo che non ci sia un preciso ancoraggio normativo. È quanto, in via eccezionale, si è verificato nella sentenza n. 41 del 2021: il differimento è, nella sostanza, *pro futuro* perché collegato ad una disposizione che normativamente avevano già questo differimento.

L'altro aspetto – quello della “anticipazione” del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione – è più problematico perché chiama in campo – come osserva Pinardi – «principi di natura ordinamentale, quali quello di separazione dei poteri e di supremazia della democrazia rappresentativa».

Può la Corte – si chiede e argomenta Pinardi – mettere in mora il Parlamento con una pronuncia (ordinanza, ma sostanzialmente sentenza) di «incostituzionalità prospettata» (Pinardi ricorda la qualificazione “autentica” data da Giorgio Lattanzi, presidente della Corte e del collegio della prima ordinanza di tal genere) e, in caso di inerzia di quest'ultimo, adottare una pronuncia di illegittimità costituzionale anche additiva, quasi a schema libero?

I casi finora verificatisi sono solo tre: in due il Parlamento non ha provveduto, ciò che invece ha fatto nel caso più recente (cfr. ordinanza n. 207 del 2018, seguita dalla sentenza n. 242 del 2019; ordinanza n. 132 del 2020, seguita dalla sentenza n. 150 del 2021; ordinanza n. 97 del 2021 e n. 122 del 2022, seguite dalla ordinanza n. 227 del 2022 di restituzione degli atti al giudice rimettente, stante lo *jus superveniens*).

Osserva in proposito Pinardi che la prima pronuncia, pur avendo la forma dell'ordinanza, ha, nella sostanza, il contenuto della sentenza; ciò è vero soprattutto per l'ordinanza (capostipite) n. 207 del 2018 relativa al caso Cappato. La «incostituzionalità prospettata» da quest'ultima è in realtà “quasi” una illegittimità costituzionale accertata, ma non dichiarata. Se la Corte può accertare l'illegittimità e quindi procedere contestualmente alla sua dichiarazione con gli effetti di cui all'art. 136 Cost., allora forse – si potrebbe sostenere – può scindere questi due momenti come avviene nel modulo processuale della sentenza parziale seguita da quella definitiva. È quanto ha fatto, in sostanza, la Corte costituzionale austriaca che, con una pronuncia dell'11 dicembre 2020 (VfGH – G 139/2019-71), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione sull'aiuto al suicidio, previsto come reato dal codice penale austriaco, ed ha differito di oltre un anno (al 31 dicembre 2021) – ciò che poteva fare sulla base di un'espressa previsione nella Costituzione – gli effetti di tale decisione per dare tempo al Parlamento di approvare una legge sul fine vita (che, in tal caso, poi effettivamente è intervenuta).

10. I moniti nelle pronunce della Corte.

La tecnica delle pronunce di inammissibilità con moniti della Corte è esaminata da Ruotolo.

Si tratta di pronunce di inammissibilità “di sistema”, caratterizzate dall'impiego di formule talora ultimative, quando considerano non «tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine ai gravi problemi individuati» nella motivazione della decisione.

Le ipotesi sono varie: ad esempio le sentenze nn. 279 del 2013, 32 del 2021, 183 del 2022.

Anche in questo caso si parla di doppia pronuncia: il monito, soprattutto se “ultimativo”, potrà costituire la premessa di un successivo intervento della Corte, ove il legislatore non abbia tempestivamente colmato la pur individuata lacuna.

Ruotolo poi segnala l'abbandono della dottrina delle rime obbligate da parte della giurisprudenza della Corte per accedere a quella delle rime adeguate o possibili (sentenza n. 222 del 2018).

Però – segnala Ruotolo – ciò non significa, ancora, che la logica delle “rime obbligate” sia stata del tutto abbandonata, specie se le stesse siano intese nel modo in cui originariamente le propose Crisafulli: l'esigenza di rime obbligate è soddisfatta attraverso l'estensione o l'esplicitazione di «qualcosa che, seppure allo stato latente», sia «già compreso nel sistema normativo in vigore».

Però qualche volta, invece di una soluzione “adeguata”, rimane il vuoto. Segnala Ruotolo che è quanto accaduto nella sentenza n. 185 del 2021, avente ad oggetto la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria (a carattere punitivo) pari a cinquantamila euro a carico del titolare della sala o del punto di raccolta o di vendita dei giochi per l'inosservanza degli obblighi a carattere informativo sul rischio di dipendenza dal gioco d'azzardo. La Corte scrive che «il deficit di tutela conseguente all'ablazione della norma denunciata non attinge [...] a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca – e l'indicazione, da parte del giudice rimettente (sentenze n. 115 del 2019 e n. 233 del 2018) – di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate, suscettibili di essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella sospettata di illegittimità costituzionale, in attesa di un intervento legislativo».

11. La Corte quale giudice del conflitto tra poteri avente ad oggetto la pronuncia di un giudice.

Mentre gran parte delle relazioni concernono il giudizio incidentale in via incidentale, che è quello che maggiormente ha interessato i giudici partecipanti ai corsi, la relazione di Biondi, II, che chiude la presente Rassegna, ha riguardato un altro tipo di giudizio costituzionale, il conflitto di attribuzione che può insorgere tra enti (normalmente Stato-Regione) o tra poteri dello Stato.

In particolare, ha fatto riferimento alla sentenza n. 52 del 2016, la quale si connota perché oggetto del conflitto è la pronuncia di un giudice (della Corte di cassazione civile a sezioni unite) e concerne l'identificazione dell'atto politico.

La Corte di cassazione aveva respinto il ricorso proposto, per motivi attinenti alla giurisdizione, dal Governo avverso la sentenza del Consiglio di Stato, che aveva escluso la configurabilità nella fattispecie di un atto politico, ritenendo quindi la sindacabilità in sede giurisdizionale, innanzi al giudice amministrativo, della delibera con cui il Consiglio dei ministri aveva negato all'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost.

La Corte, nella citata sentenza n. 52 del 2016], ha invece escluso tale sindacabilità, accogliendo il ricorso per conflitto tra poteri proposto dal Governo e quindi ha annullato la citata sentenza della Corte di cassazione. In particolare, ha ritenuto che il ricorso per conflitto implicasse di entrare nel merito dell'effettiva configurabilità di una pretesa giustiziabile alla conclusione delle trattative e quindi della portata dell'intesa per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse da quella cattolica, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.; parametro, questo, che reca in sé — «immanente alla ratio del terzo comma» — il metodo della bilateralità, che implica una concorde volontà delle parti, non solo nel condurre e nel concludere una trattativa, ma anche, prima ancora, nell'iniziarla. Non c'è quindi un diritto all'avvio delle trattative né alcun correlativo obbligo del governo. Esclusa la giurisdizione del giudice comune (ordinario o amministrativo), e segnatamente quella del

giudice amministrativo “erroneamente” affermata invece dalla Corte di cassazione, rimane solo il controllo parlamentare a fronte del diniego del Governo di avviare le trattative per la stipulazione dell’intesa di cui all’art. 8, terzo comma, Cost.

PARTE I

**IL GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITÀ
COSTITUZIONALE:**

L'ORDINANZA DI RIMESIONE

Francesca Biondi

Il controllo di ammissibilità della Corte costituzionale: evoluzione e stato attuale*

SOMMARIO: 1. Qualche dato e alcune ipotesi – 2. La tendenza al (ri)accentramento – 3. *(Segue)* Una minore deferenza rispetto alla discrezionalità legislativa – 4. Riflessioni conclusive.

1. Qualche dato e alcune ipotesi.

Il punto di partenza delle riflessioni proposte nelle seguenti pagine è offerto da alcuni dati, che consentono di fotografare l'andamento, in termini quantitativi, delle tipologie decisorie della Corte costituzionale degli ultimi anni.

Il primo riguarda il numero complessivo delle dichiarazioni di inammissibilità, che da sempre costituiscono una percentuale elevata del totale delle decisioni che la Corte costituzionale assume nel giudizio in via incidentale, rispetto a quelle di accoglimento. Se si elaborano i dati a nostra disposizione, si ricava che negli ultimi cinque anni – nel periodo che va dal 2019 al 2023 – le dichiarazioni di inammissibilità, pur se con un andamento altalenante, sono oscillate fra il 30% e il 40% del totale delle decisioni. Nella stessa cornice temporale, invece, le decisioni di accoglimento hanno registrato un lieve, ma progressivo, aumento: dal 23% del 2019 al 31% del 2023.

Questi primi numeri sono indicativi di una tendenza della Corte a entrare più frequentemente nel merito delle decisioni e trovano piena conferma se si prende in esame un orizzonte temporale più ampio, che tenga conto degli ultimi quindici anni di giurisprudenza costituzionale. Analizzando i prospetti statistici elaborati dal Servizio Studi nel 2010 con riferimento alla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2009, si evince che, su un totale di 281 decisioni, da intendersi per capo di dispositivo, nel giudizio in via incidentale si erano registrate, allora, 124 decisioni di inammissibilità (44%) e solo 36 decisioni di accoglimento (12%). Se si comparano tali dati con le percentuali dell'anno 2023 (34% di inammissibilità, 31% di accoglimento), si nota come la tendenza sia quella di un combinato calo delle decisioni di inammissibilità (di oltre il 20% circa), cui corrisponde un aumento dei casi in cui la Corte

* La presente relazione è aggiornata alla data 6 Novembre 2024

entra invece nel merito e accoglie le questioni sollevate. In definitiva, da qualche anno si registra una diminuzione delle decisioni di inammissibilità e un aumento delle decisioni di accoglimento.

Il secondo dato di interesse è che – potendo le decisioni di inammissibilità assumere, come noto, sia la forma dell’ordinanza sia la forma della sentenza – mentre in passato le pronunce di inammissibilità erano più frequentemente adottate con ordinanza, ora troviamo sempre più spesso sentenze di inammissibilità¹. A un calo drastico delle ordinanze – 92% nel 2009 contro il 25% nel 2023 – infatti, non è corrisposto un calo altrettanto deciso delle pronunce di inammissibilità – 44% nel 2008 contro il 34% nel 2023. Insomma, negli ultimi quindici anni, si è consumato un oggettivo ribaltamento del rapporto ordinanze/sentenze di inammissibilità all’interno del giudizio incidentale e oggi si registra una netta prevalenza della “sentenza” di inammissibilità come forma di decisione adottata all’esito del giudizio incidentale. Ciò significa che, anche quando sceglie di non entrare nel merito, la Corte ritiene opportuno illustrarne più distesamente le ragioni.

Per offrire una chiave di lettura ai dati ricordati – che segnano una discontinuità rispetto al passato – è necessario rispondere ad alcuni interrogativi: i giudici, che introducono il giudizio di costituzionalità, sono oggi più preparati nel sollevare le questioni? o, piuttosto, è la Corte costituzionale che mostra un atteggiamento meno rigoroso nella verifica dei presupposti processuali? in questo secondo caso, quali sono le ragioni che inducono il Giudice costituzionale a scrutinare questi stessi presupposti con meno severità?

Probabilmente c’è del vero in entrambe le affermazioni: i giudici, anche grazie all’attività di formazione svolta dalla Scuola superiore della magistratura, sono sempre più preparati a redigere le ordinanze di rimessione; nel contempo, da qualche anno, l’attività della Corte costituzionale è significativamente caratterizzata da alcune tendenze di fondo che spiegano la flessione delle decisioni di inammissibilità, da un lato, e il maggior numero di decisioni di accoglimento, dall’altro lato².

La prima è la tendenza all’accentramento del controllo di costituzionalità: anziché lasciare ai giudici o ad altri organi sovranazionali la valutazione di aspetti che attengono (direttamente o indirettamente) anche a profili di costituzionalità, la Corte preferisce assumere – con un evidente cambio di rotta rispetto al passato – scelte “accentratrici”, assecondando o innescando, a seconda delle prospettive, quelle che la dottrina ha definito *spinte centripete*³. Si tratta di una tendenza che riflette la volontà della stessa Corte di riprendersi un ruolo che negli ultimi anni le stava “sfuggendo”⁴. Nel contesto attuale, si registra un rapporto di

¹ Ad esempio, sempre riferendosi al giudizio in via incidentale, può interessare segnalare che, nel 2009, si registravano 146 ordinanze e 79 sentenze (rispettivamente: 64,8% e 35,1%); nel 2019, sono state rese invece 128 sentenze e 43 ordinanze (rispettivamente: 74,85% e 25,15%); nel 2020, 123 sentenze e 40 ordinanze (rispettivamente: 75,4% e 24,5%); nel 2021, 115 sentenze e 26 ordinanze, (rispettivamente 81,5% e 18,4%); nel 2022, 132 sentenze e 28 ordinanze (rispettivamente 82,5% e 17,5%); nel 2023, 115 sentenze e 25 ordinanze (rispettivamente 82,9% e 17,9%).

² Tendenze ampiamente registrate dalla dottrina: v., per tutti, R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all’«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, pp. 2227 e ss. Si veda poi il volume G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Editoriale scientifica, Napoli 2020.

³ Così, ad esempio, C. PADULA, *Le “spinte centripete” nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, 2020.

⁴ Ciò che spiega anche perché in dottrina si faccia spesso riferimento al (ri)accentramento del giudizio costituzionale: così nel ricco volume curato da B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Giappichelli, Torino, 2021; e nella monografia di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accanamento della giustizia costituzionale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2020.

proporzionalità inversa tra l'interesse della Corte ad entrare nel merito delle questioni che le vengono sottoposte, da una parte, e il rigore nella valutazione dei profili di ammissibilità, dall'altra. Al fondo di questo differente approccio nello scrutinio delle questioni di costituzionalità sembra, dunque, esserci una scelta precisa e, soprattutto, consapevole da parte del Giudice costituzionale⁵.

La seconda tendenza che è necessario considerare per valutare correttamente la flessione nel numero delle decisioni di inammissibilità e, insieme, un maggior numero di decisioni di accoglimento, è rappresentata dalla minore deferenza che la Corte costituzionale dimostra con riferimento al limite del rispetto della sfera riservata alla discrezionalità legislativa. Da questo punto di vista, non sembra entrare in gioco propriamente un interesse della Corte a “(ri)accentrare” su di sé il giudizio, a scapito di altri soggetti, bensì una chiara volontà, di fronte a un Parlamento che rimane spesso inerte, di dare una risposta alle domande di giustizia costituzionale che, di volta in volta, vengono portate alla sua attenzione. Una volontà che, talvolta, come si dirà meglio oltre, è intesa dalla Corte alla stregua di una vera e propria necessità, ad esempio quando l'inazione del legislatore si traduce in una persistente violazione dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Costituzione.

2. La tendenza al (ri)accentramento.

L'obiettivo dell'accentramento ovvero del (ri)accentramento è perseguito dalla Corte costituzionale attraverso diversi percorsi, che è bene tenere distinti perché, pur inserendosi in una medesima direttrice di fondo, sottendono problematiche differenti.

Il primo di questi itinerari giurisprudenziali si apprezza volgendo lo sguardo verso la dimensione sovranazionale e i tentativi di “dialogo” che la Corte sperimenta, in modo più o meno efficace a seconda dei casi, con le Corti sovranazionali⁶. Il tema, particolarmente complesso, può essere in questa sede soltanto accennato ricordando che, da un lato, essa, dalle sentenze gemelle del 2007, si è assunta l'onere di verificare la compatibilità delle fonti primarie alle Cedu, per il tramite dell'art. 117 Cost. e, dall'altro lato, nel 2017, ha dato avvio ad un nuovo corso giurisprudenziale in tema di c.d. *doppia pregiudizialità*, superando parzialmente la dottrina *Granital* che la stessa aveva elaborato nel 1984⁷. Con riferimento a questo secondo percorso, la Corte costituzionale, con un importante *obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017⁸, pur riconoscendo il «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ha rivendicato la possibilità di esprimere la “prima parola” sulle questioni che implicano un possibile impatto sui diritti fondamentali⁹; con le successive sentenze n. 20 e n. 63 del 2019 – che, in parte, chiariscono

⁵ Come attestano anche le ultime Relazioni annuali dei Presidenti della Corte che verranno richiamate nelle riflessioni conclusive di questo scritto (cfr. infra § 4).

⁶ Volendo, cfr. F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 18/2019, pp. 1 e ss.

⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 170 del 1984, sul tema, v., con prospettive di analisi differenti, A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020; e C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia e rimessione alla consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2020.

⁸ Filone giurisprudenziale ampiamente commentato dalla dottrina: v., con rilievi critici, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su Sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, sopr. p. 258 ss.

⁹ Sul tema, tra i molti, v. G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di),

quanto affermato nel 2017 – la Corte ha poi manifestato chiaramente la volontà di giocare un ruolo da protagonista all'interno del sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali¹⁰, per ridurre l'evenienza che, attraverso il «potere/dovere di mettere semplicemente da parte la legge, i giudici finissero e finiscano per svolgere un sindacato diffuso di costituzionalità»¹¹.

Il secondo percorso legato a questa tendenza accentratrice del Giudice costituzionale viene in rilievo, in una dimensione endo-ordinamentale, nel rapporto tra la Corte e i giudici comuni e concerne, soprattutto, l'incidenza dell'interpretazione conforme ai fini della corretta instaurazione del giudizio di costituzionalità. Da questo punto di vista è costante, nella più recente giurisprudenza della Corte, l'affermazione secondo cui, se il rimettente ha considerato la possibilità di una interpretazione idonea a eliminare il dubbio di legittimità costituzionale e l'ha motivatamente scartata, la valutazione sulla correttezza, o meno, dell'opzione ermeneutica prescelta riguarda non già l'ammissibilità della questione sollevata, bensì il merito di essa¹². È sufficiente, in altri termini, che il rimettente affermi di averci “pensato e provato” perché la Corte entri nel merito; semmai, si occuperà poi direttamente Essa stessa di svolgere una interpretazione “conforme a”, se necessario con una sentenza interpretativa di rigetto. Non è, quindi, più necessario – come avveniva in passato – che il giudice dimostri di aver fatto tutto il possibile per dare una interpretazione conforme alla norma prima di sollevare la questione di costituzionalità¹³.

Il terzo percorso che caratterizza il recente accentramento messo in atto dalla Corte costituzionale è reso evidente da un complessivo affievolimento del rigore nella valutazione, dei presupposti processuali e, soprattutto, delle modalità con cui il giudice *a quo* ha impostato l'ordinanza di rimessione.

Qui, invero, è necessario operare una distinzione.

Per quanto riguarda i presupposti per la valida instaurazione del giudizio davanti alla Corte, la giurisprudenza non registra significative novità: sia nel valutare l'esistenza di un *giudice*, sia nel verificare la sussistenza del *giudizio*¹⁴, la Corte allenta le maglie solo se teme che l'inammissibilità possa produrre una zona franca da giudizio di costituzionalità. In questi soli casi la valutazione sui presupposti risulta meno rigorosa, riconoscendosi la legittimazione anche a chi non è formalmente giudice, ma, in via eccezionale, è chiamato ad applicare in

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 147 ss.

¹⁰ Cfr., sul tema dei rapporti con la Corte di Giustizia, anche Corte cost., sentenza n. 54 del 2022, in cui la Corte ha precisato che «è affidato a questa Corte il compito di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie».

¹¹ Così N. ZANON, *Introduzione generale*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 8.

¹² Cfr., *ex multis*, sentenze n. 17 del 2021, n. 50 del 2020, n. 241 e n. 189 del 2019, n. 135 del 2018 e n. 255 del 2017.

¹³ Sul tema v., in particolare, M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in G. Campanelli, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 51 ss.

¹⁴ Come noto, l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 rimette alla decisione della Corte la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica “rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un “giudizio” e non ritenuta dal “giudice” manifestamente infondata”; e l'art. 23, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, che richiede, con una formulazione apparentemente più restrittiva, che il “giudizio” nel corso del quale la questione può essere sollevata dalle parti o rilevata d'ufficio verte innanzi ad un’“autorità giurisdizionale”.

modo imparziale e obiettivo la legge, ossia a svolgere un'attività giurisdizionale¹⁵, oppure al giudice che sia impegnato nell'interpretazione e applicazione della legge, ma non si trovi in un vero e proprio *giudizio* di parti, nel quale il *dictum* costituzionale è destinato a spiegare i suoi effetti¹⁶.

Né si registrano sostanziali novità con riguardo all'*oggetto* del controllo di costituzionalità: la Corte è costante nell'affermare che il suo sindacato non si può estendere alle norme regolamentari¹⁷, se non nei limitati casi in cui la disciplina secondaria faccia corpo con la fonte primaria e quest'ultima risulti quindi in concreto applicabile solo attraverso le specificazioni del regolamento: ciò accade quando la legge non può essere giudicata se non nel modo in cui essa trova applicazione nel regolamento¹⁸; in altri casi, la Corte ha poi ammesso questioni di costituzionalità sollevate sulla fonte primaria "nel combinato disposto interpretativo" di alcune disposizioni di carattere regolamentare¹⁹ (ad esempio, nella sentenza n. 241 del 2019, la Corte ha affermato che «è possibile il sindacato di costituzionalità sulla fonte primaria, quando questa diventa in concreto applicabile attraverso le specificazioni formulate in quella secondaria, che della prima costituisce il completamento»²⁰).

Una discontinuità si registra, invece, nel controllo da parte della Corte sul *modo* in cui il giudice ha impostato e redatto l'ordinanza di rimessione, con particolare riferimento al requisito della rilevanza. All'interno di quest'ultima nozione, come noto, tradizionalmente vengono ricompresi più concetti: l'incidentalità, la pregiudizialità (che implica una separatezza tra oggetto del giudizio a quo e giudizio di costituzionalità) e l'applicabilità della norma al giudizio *a quo*.

A tal proposito vanno anzitutto richiamate le decisioni con cui la Corte ha "allentato" il requisito della pregiudizialità. Il riferimento è evidentemente a quelle rese in materia elettorale, dalla sentenza n. 1 del 2014 (sul c.d. *Porcellum*) fino alle più recenti decisioni n. 35 del 2017 (sul c.d. *Italicum*), n. 48 del 2021 (sulla raccolta delle firme necessarie alla presentazione delle candidature), e n. 240 del 2021 (sulla legge *Delrio*)²¹. La sequenza delle decisioni sembra peraltro segnare un ampliamento nell'orizzonte applicativo dell'azione di accertamento in materia di tutela del diritto di voto: non solo norme strettamente elettorali, ma anche quelle lesive del diritto di voto che altrimenti non sarebbero sottoponibili allo scrutinio di costituzionalità. Resta ad oggi invece ancora preclusa la possibilità di chiedere il promovimento di questioni di legittimità costituzionale attraverso azioni di accertamento della pienezza di altri diritti fondamentali asseritamente lesi da fonti di rango primario (v. ordinanze n. 110 del 2015 e n. 165 del 2016), anche se merita di essere segnalata una decisione, per certi versi, "singolare". Si tratta dell'ordinanza n. 103 del 2022, con cui la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate per l'assenza di motivazione circa l'incidentalità delle questioni da parte del rimettente, evidenziando, quale criticità dell'ordinanza di rimessione, il fatto che il giudice – pur consapevole che l'esame del ricorso si sarebbe esaurito

¹⁵ Per una ricca ricognizione della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia v. Dossier Servizio Studi, La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte, 2016, consultabile al seguente link:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_299_Giudice_processo_quo.pdf.

¹⁶ Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost., sentenza n. 119 del 2015 e ordinanza n. 258 del 2016.

¹⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 23 del 1989.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 1104 del 1988, n. 257 del 1991, n. 364 del 1990.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sentenze n. 242 del 2014, n. 34 del 2011, n. 354 e 162 del 2008 e n. 456 del 1994.

²⁰ Nello stesso senso, cfr. Corte cost., sentenza n. 92 del 2021, n. 3 del 2019, n. 224 e n. 200 del 2018.

²¹ Quest'ultima, per la verità, non aveva ad oggetto norme elettorali, bensì disposizioni che negavano l'elettività dell'organo di vertice della città metropolitana tramite la designazione *ope legis* del sindaco metropolitano che coincideva con il sindaco del comune capoluogo.

con la decisione richiesta al giudice costituzionale (e quindi che sussistesse il rischio che non fosse individuabile un *petitum* separato e distinto del giudizio *a quo* rispetto a quello del giudizio di costituzionalità) – si fosse limitato a “trascrivere” le domande dei ricorrenti, senza precisarne la portata, né il contenuto. La singolarità consiste nel fatto che la Corte, anziché dichiarare la radicale assenza di pregiudizialità, ha censurato il fatto che il giudice rimettente, da un lato, non avesse preso posizione circa la qualificazione delle domande dei ricorrenti come dirette ad ottenere pronunce di accertamento, tutte meramente dichiarative, convergenti verso l’applicabilità del regime di diritto pubblico al rapporto di impiego del personale delle cancellerie e delle segreterie giudiziarie e, dall’altro lato, avesse omesso qualunque forma di motivazione circa l’incidentalità delle questioni sollevate, limitandosi a motivare in merito alla non manifesta infondatezza delle stesse.

Quanto, invece, alla rilevanza come applicabilità della norma al giudizio principale e al corrispondente onere motivazionale richiesto al giudice *a quo*, la dottrina costituzionalistica si è sempre interrogata sull’intensità del controllo che deve svolgere la Corte costituzionale²². Ci si chiede da sempre se il controllo debba essere penetrante, se cioè la Corte debba ripercorrere l’iter logico-giuridico che ha indotto il giudice *a quo* a censurare proprio quella norma, oppure se il sindacato debba essere più “leggero”, esterno, in termini di mera plausibilità. Alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia è difficile classificare in modo preciso, sulla base di criteri oggettivi, i casi in cui il controllo è, in concreto, più severo e i casi in cui lo è meno²³: l’esito del sindacato che la Corte svolge dipende, infatti, da molte variabili (anche, ad esempio, da come viene istruita la questione degli assistenti di studio oppure dalla rilevanza di una determinata questione). In ogni caso, qui interessa notare che dalla più recente giurisprudenza della Corte emerge una propensione verso un controllo meno severo. È vero che, ancora oggi, si leggono decisioni di inammissibilità motivate, vuoi dal carattere, *ictu oculi*, irrilevante della questione²⁴, vuoi da un palese errore del rimettente nell’individuazione della disposizione rilevante (c.d. *aberratio ictus*)²⁵. Nondimeno, dalla giurisprudenza più recente emerge – complessivamente – un minore rigore da parte della Corte: sempre più spesso si legge nelle decisioni del Giudice costituzionale che è sufficiente che la motivazione sulla rilevanza ci sia e sia “plausibile”²⁶; in qualche occasione la Corte si accontenta finanche di forme implicite di motivazione sulla rilevanza, sempreché, dalla descrizione della fattispecie da parte del giudice *a quo*, la rilevanza della questione emerga con immediatezza ed evidenza²⁷. In termini generali, l’impressione che se ne ricava è che se la questione “c’è” – vale a dire, se il problema di costituzionalità esiste e viene ritenuto meritevole di considerazione – difficilmente la Corte se la lascia sfuggire: ad esempio, con la sentenza n. 133 del 2021 sul

22 Cfr., in particolare, F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, “Non manifesta infondatezza” e “rilevanza” nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Giuffrè, Milano, 1972, p. 105 e ss.; V. ONIDA, Note su un dibattito in tema di “rilevanza” delle questioni di costituzionalità delle leggi, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 997 e ss.

23 Per una ricognizione sul punto, cfr. Dossier Servizio Studi, *Il requisito della rilevanza della questione incidentale di legittimità costituzionale*, 2016, consultabile al seguente link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_301_La_rilevanza.pdf.

24 Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenza n. 192 del 2015, in materia di compensi spettanti all’ausiliario del giudice.

25 Si registrano, ancora, decisioni di inammissibilità motivate dal fatto che il giudice *a quo* si è già spogliato della questione, avendo esaurito il potere decisorio; o dalla circostanza per cui la questione è sollevata in via ipotetica o prematura, in relazione a disposizioni che egli non è ancora chiamato ad applicare.

26 Si leggano anche le sentenze n. 1 del 2020, n. 85 del 2020, n. 73 del 2020, n. 153 del 2020, n. 32 del 2020, n. 30 del 2020.

27 Cfr. Corte cost., sentenza n. 120 del 2015; al filone richiamato nel testo, si aggiunge quello che precisa che il controllo è “esterno”: cfr. sentenze n. 151 del 2021, n. 32 del 2021, n. 59 del 2021.

disconoscimento di paternità, essa, dimostrando un chiaro interesse ad entrare nel merito, ha superato talune criticità dell'ordinanza di rimessione, nella quale il giudice *a quo* non aveva chiarito alcuni aspetti, pur rilevanti, della normativa impugnata.

E, comunque, anche quando la Corte non riesce a superare l'errore di impostazione dell'ordinanza di rimessione, talvolta non si esime dall'argomentare approfonditamente la decisione di inammissibilità, se possibile guidando il giudice *a quo* (con una *sentenza* di inammissibilità) nella soluzione del caso concreto²⁸.

Da ultimo e per completezza, va infine segnalato che, anche rispetto alla valutazione della non manifesta infondatezza – intesa come motivazione sui singoli parametri evocati dal rimettente – l'atteggiamento complessivo della Corte risulta di recente meno rigoroso e severo rispetto al passato, anche se certamente non basta la mera indicazione delle norme costituzionali da raffrontare con le previsioni impuginate, dovendo comunque il giudice motivare, sia pur in modo sintetico, sulla compatibilità delle seconde rispetto al contenuto precettivo delle prime.

3. (Segue): Una minore deferenza rispetto alla discrezionalità legislativa.

Come anticipato, è possibile registrare una seconda tendenza – che si affianca o, meglio, che si intreccia con quella del (ri)accentramento di cui si è detto al paragrafo precedente – in grado di spiegare la flessione delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale: ci si riferisce alla minore deferenza con cui, negli ultimi anni, la Corte si è posta nei confronti del legislatore e della sfera di discrezionalità riservata a quest'ultimo.

Per affrontare tale questione giova ricordare che le decisioni di inammissibilità possono essere classificate in due distinte categorie: da una parte, le inammissibilità c.d. *formali*, rappresentate dalle ipotesi di cui si è ragionato in precedenza, quando cioè il vizio investe i presupposti processuali o le modalità con cui il giudice *a quo* ha posto la questione di costituzionalità; dall'altra, le inammissibilità c.d. *sostanziali*, determinate dai limiti e dai confini della giustizia costituzionale.

Riferendosi a questa seconda categoria, vengono anzitutto in rilievo i limiti c.d. *tecnici*, limiti, cioè, costituiti dagli strumenti a disposizione della Corte quando è investita di una questione di costituzionalità, ossia – detto diversamente – dalle possibilità che la Corte ha di risolvere il problema di legittimità costituzionale, eliminando una norma o una porzione di essa. Alle volte, per risolvere la questione, risulta necessario mettere mano in modo organico alla normativa in cui si inserisce la previsione impugnata e alla Corte, come noto, non è riconosciuto il potere di realizzare riforme “di sistema”. In questi casi, quando il problema di costituzionalità non può essere risolto neppure con una manipolazione della norma denunciata – appunto, perché si deve realizzare un intervento normativo più profondo e più ampio, che necessariamente spetta al legislatore – la Corte non può fare altro che pronunciare

²⁸ Del resto, già in passato non mancano casi in cui la decisione di inammissibilità “per irrilevanza” ha prodotto effetti significativi: tra queste, la sentenza n. 76 del 2016, sulla *stepchild adoption*; la già citata sentenza n. 170 del 1984, Granital sui rapporti tra diritto interno e UE; e la sentenza n. 6 del 2018 sul controllo della parte della Corte di cassazione delle decisioni del Consiglio di stato in sede di riparto di giurisdizione, di cui all'art. 111, comma 8, Cost. (con nota di P. L. Tomaiuoli, *L'“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta on line*, 1/2018).

una decisione di inammissibilità, magari accompagnata da un monito affinché il legislatore intervenga²⁹.

Ma esistono anche limiti diversi, che interessano, più in generale, i *confini* tra la giurisdizione costituzionale e l'ambito della decisione politica; in tali ipotesi la questione si muove lungo quella delicata linea di demarcazione che separa ciò che spetta alla Corte costituzionale e ciò che, viceversa, compete al legislatore. In questi casi, la Corte potrebbe intervenire, ma decide di non farlo perché ritiene che si tratti di una scelta che attiene alla discrezionalità politica, e si pronuncia per l'inammissibilità. La necessità di tenere separati i due ambiti trova un espresso riferimento normativo nell'art. 28 della legge n. 87 del 1953, il quale così recita: «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o su un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». L'idea sottesa a questa previsione è che ci sono casi in cui il giudice non denuncia una vera e propria questione di costituzionalità: quella che viene lamentata è, in altre parole, una scelta politica – più o meno opportuna o condivisibile – che non tocca la Costituzione.

La problematica appena evocata, tuttavia, è solo in apparenza semplice: definire i limiti tra una decisione che la Corte può assumere e una decisione che spetta al Parlamento è tema tra i più complessi, poiché richiede una preliminare presa di posizione sul ruolo della Corte nel sistema costituzionale; è tema che tocca in profondità la teoria della giustizia costituzionale. Nonostante l'ampia letteratura in materia³⁰, non c'è dunque consenso sull'individuazione e sulla definizione delle questioni “politiche”, quelle che, per loro natura, dovrebbero essere sottratte alla valutazione dell'organo di giustizia costituzionale e, secondo quanto stabilito dal ricordato art. 28, dichiarate inammissibili. Peraltro, spesso questo argine cade quando la Corte estende il proprio controllo su scelte compiute dal legislatore attraverso il giudizio di ragionevolezza (coerenza, irragionevolezza estrinseca, proporzionalità, bilanciamento).

Volendo provare, in questa sede, a sintetizzare i termini della questione, si può osservare che, in concreto, raramente le questioni sottoposte al giudizio della Corte risultano pacificamente “neutre” rispetto al testo costituzionale. L'art. 28 si applica raramente nella sua radicalità: la Corte lo ha di recente richiamato rispetto a questioni di costituzionalità che, ad esempio, toccano temi particolarmente sensibili, come, ad esempio, in tema di ricerca scientifica sugli embrioni³¹, di genitorialità nella coppia omosessuale³², di maternità surrogata³³ e di procreazione assistita eterologa³⁴.

Ma non sono casi frequenti. Più spesso, l'art. 28 – ossia l'argomento della discrezionalità legislativa come limite al controllo della Corte – è invocato quando la questione di

²⁹ Cfr., in questo senso, Corte cost., sentenza n. 190 del 2023, n. 120 del 2021 e n. 146 del 2021. Anche la nota sentenza n. 138 del 2010 si può ascrivere a questo filone: la Corte rileva una violazione dell'art. 2 Cost. e invita il legislatore ad introdurre una disciplina che regoli i legami affettivi tra le persone dello stesso sesso.

³⁰ Cfr. già il confronto tra F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1988, risp. pp. 19 ss. e 103 ss.

Di recente, il tema è stato ricostruito da C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Il Mulino, Bologna, 2016.

³¹ Corte cost., sentenza n. 84 del 2016.

³² Corte cost., sentenza n. 230 del 2020.

³³ Corte cost., sentenza n. 33 del 2021.

³⁴ Corte cost., sentenza n. 32 del 2021.

costituzionalità riguarda il *modo* in cui il legislatore, con scelta “politica”, ha dato attuazione o garanzia ad un principio costituzionale.

In questi casi, pur al cospetto di una disposizione di dubbia costituzionalità, la Corte, per molto tempo, ha dichiarato inammissibile la questione perché la soluzione al problema prospettato imponeva una scelta tra più soluzioni conformi a Costituzione. Una scelta che la Corte ha lungamente ritenuto di esclusiva spettanza del legislatore. Fino a pochissimo tempo fa, infatti, la Corte affermava che, pur in presenza di una norma incostituzionale, le era precluso sostituire una soluzione vigente con una diversa soluzione, scegliendone una tra le tante in astratto conformi a Costituzione; o c’era una soluzione “a rime obbligate”³⁵, oppure la questione era da considerarsi inammissibile. In definitiva, anche se era accertata la sussistenza del problema di costituzionalità, la Corte lasciava al legislatore il compito di risolverlo, talvolta rivolgendo un monito al legislatore.

Il dialogo tra Corte costituzionale e legislatore, tuttavia, non si è rivelato molto proficuo e spesso le Camere hanno ignorato gli inviti della Corte; talvolta addirittura hanno continuato ad approvare disposizioni la cui incostituzionalità era stata già accertata³⁶. In qualche situazione è capitato che, a fronte della persistente assenza di un intervento normativo, la Corte avesse l’occasione, a distanza di anni, di intervenire nuovamente e, sia pure su profili specifici, di accogliere le questioni con sentenze manipolative per evitare il protrarsi dell’applicazione di disposizioni incostituzionali³⁷. Non sempre, però, l’occasione si è ripresentata.

Proprio il persistente mancato dialogo con il legislatore ha indotto negli ultimi la Corte a mettere in discussione il frequente ricorso alle decisioni di inammissibilità “per discrezionalità legislativa”. Questo ovviamente non significa che non vi siano ancora casi in cui la Corte, pur ravvisando ragioni d’illegittimità delle norme oggetto del giudizio, ritiene di non poter fornire una soluzione (tra le tante), in virtù degli ampi spazi riservati alla discrezionalità legislativa³⁸. Tuttavia, essa ha iniziato ad abbandonare lo schema di ragionamento sopra delineato, seguendo due itinerari diversi.

Il primo, che la dottrina ha esaminato evocando lo schema della “doppia pronuncia” o del “rinvio a data certa”, con cui la Corte sospende il giudizio e concede un tempo, più o meno lungo, al legislatore per correggere una disciplina la cui illegittimità è stata già accertata, ma non dichiarata³⁹. Si registrano già alcuni importanti applicazioni di questo nuovo

³⁵ Secondo la celebre teoria di Vezio Crisafulli, proposta per la prima volta nel suo *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, pp. 1707 e ss. Il precedente più citato per descrivere questa eventualità è la sentenza n. 190 del 1970, con cui la Corte dichiarò incostituzionale una norma del codice di procedura penale nella parte in cui non consentiva al difensore di partecipare all’interrogatorio dell’imputato.

³⁶ Ad esempio, nonostante la Corte costituzionale, con la sentenza n. 223 del 2015, avesse accertato l’incostituzionalità dell’art. 649 c.p., nella parte in cui prevede una causa di non punibilità nei rapporti tra coniugi, il legislatore ne ha esteso l’applicazione, con il d.lgs. n. 6 del 2017, anche alle parti dell’unione civile; a commento della decisione della Corte, v., in particolare, G. LEO, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2015.

³⁷ Emblematica è la giurisprudenza sul cognome materno: cfr. Corte cost., ordinanze. n. 176 del 1988 e n. 586 del 1988; e sentenze n. 61 del 2006, n. 286 del 2016 e n. 131 del 2022; sulla vicenda, v., per tutti, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

³⁸ Per un esempio recente in tal senso, cfr. Corte cost., sentenza n. 138 del 2024, in tema di determinazione del trattamento sanzionatorio per il reato di associazione finalizzata al narcotraffico.

³⁹ Per un esame della vicenda in cui è stato, per la prima volta, impiegato lo strumento del “rinvio a data certa”, v. M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/ 2020.

strumento⁴⁰, fino ad oggi nella materia penale, in cui si fa più forte l'esigenza di rispettare la sfera discrezionale del legislatore. Questo schema presenta, però, alcuni profili problematici, che potranno condizionarne l'uso. Ad esempio, se a ridosso dello spirare del termine stabilito dalla Corte, il legislatore si attiva cominciando, ma non terminando, la discussione su un testo che risponde agli *input* ricevuti, la Corte può – e, se sì, per quante volte – disporre un nuovo rinvio? e se, invece, la legge viene approvata, ma è in contrasto con le indicazioni della Corte, quest'ultima deve restituire gli atti al giudice *a quo*? così operando, essa rispetta il ruolo del Parlamento, ma allunga ulteriormente i tempi di una effettiva garanzia dei diritti.

Il secondo itinerario è caratterizzato dal passaggio dalle rime obbligate alle rime “possibili” o “adequate”: la Corte, cioè, sceglie una delle soluzioni astrattamente possibili per correggere il *vulnus* accertato. Un caso noto è rappresentato dalla già citata sentenza n. 35 del 2017, in materia elettorale. Ma è, ancora una volta, nella materia penale, tradizionalmente riservata alla discrezionalità legislativa, che si registrano gli sviluppi più significativi di questo nuovo corso giurisprudenziale⁴¹. A partire dalla sentenza n. 236 del 2016⁴², con cui è stata sostituita la pena prevista per i reati di alterazione di stato con quella stabilita per la sostituzione di neonato, la Corte ha impresso una svolta nello scrutinio sulle scelte di dosimetria sanzionatoria⁴³: dopo aver accertato l'illegittimità costituzionale della sanzione, la Corte giunge ad individuare, tra le diverse possibili, una grandezza «già rinvenibile nell'ordinamento» idonea a sostituirsi a quella caducata; in tali occasioni, peraltro, la Corte non manca di sottolineare che «non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, [la scelta del *quantum*] resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»⁴⁴.

4. Riflessioni conclusive.

Nelle pagine precedenti si è provato a offrire una chiave di lettura ai numeri che segnano in modo evidente una flessione delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale.

Resta ora da osservare come la citata tendenza della Corte al (ri)accentramento interessi, in modo diretto e sotto diversi profili, l'autorità giudiziaria: anzitutto, i giudici non sono più invitati – come in passato – a fare tutto da soli, potendo e anzi dovendo sollevare questioni di legittimità ogni volta abbiano un *dubbio* di costituzionalità (tornando così al senso originario del requisito della “non manifesta infondatezza”); nel contempo, alla luce dei recenti percorsi giurisprudenziali – che consentono alla Corte di intervenire anche se la soluzione non è a “rime obbligate” – ad essi è richiesto di provare ad individuare e proporre una soluzione alternativa, idonea a sostituirsi a quella eventualmente dichiarata incostituzionale. È vero, insomma, che, (ri)accentrando su di sé, la Corte costituzionale recupera compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, aveva lasciato al legislatore e, soprattutto, all'autorità giudiziaria; ma è vero anche che, per come è congegnato il sistema incidentale, anche nel

⁴⁰ Cfr. ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019; ordinanza n. 132 del 2020 e sentenza n. 150 del 2021; ordinanze n. 97 del 2021, n. 122 e n. 227 del 2022.

⁴¹ Sul tema, v., per tutti, V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁴² Le cui potenzialità erano state da subito avvertite in dottrina: così F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2016.

⁴³ Sul tema, v., in particolare, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁴⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 40 del 2019 e, nello stesso senso, sentenze n. 28 e n. 95 del 2022.

contesto attuale – dove, come visto, le pronunce di inammissibilità sono meno rilevanti in termini numerici⁴⁵ – la Corte necessita della collaborazione dei giudici *a quibus*.

Le conclusioni qui proposte trovano conferma nelle più recenti relazioni dei Presidenti della Corte costituzionale, al cui interno si leggono affermazioni importanti sul ruolo della Corte e sui rapporti che quest'ultima intrattiene con i suoi interlocutori privilegiati: i giudici comuni, da un lato, il legislatore, dall'altro lato.

Sul primo versante (controllo meno rigoroso da parte della Corte costituzionale sull'ordinanza di remissione), nella relazione del Presidente Lattanzi sull'attività del 2018 si legge, ad esempio, che «per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d'ombra dell'ordinamento, ove è più difficile che possono essere sollevate questioni incidentali»⁴⁶; nella Relazione della Presidente Cartabia sull'attività del 2019, si osserva che l'atteggiamento meno formalistico circa il controllo sulla rilevanza della questione o sul tentativo della interpretazione conforme, ha allentato le strette maglie della inammissibilità, consentendo l'aumento delle risposte nel merito da parte della Corte alla domanda di giustizia costituzionale presente nella società e nelle aule giudiziarie⁴⁷; allo stesso modo, nella relazione del Presidente Coraggio del 2020, si registra «una maggiore propensione della Corte all'esame del merito delle questioni», ciò che sarebbe dimostrato dall'attenuazione del filtro della rilevanza, con la «conferma dell'abbandono, di fatto, del criterio dell'influenza concreta nel giudizio *a quo*, nonché l'ormai noto ridimensionamento della portata dell'obbligo di esperire il tentativo di interpretazione conforme, che in passato aveva dato origine a frequenti pronunce di inammissibilità e che più di recente è stato correttamente ritenuto non compatibile con l'accentramento del giudizio di costituzionalità voluto dai Costituenti»⁴⁸.

Per quanto concerne il rapporto con la sfera della discrezionalità legislativa, nella Relazione della Presidente Cartabia del 2019, si legge, in linea con quanto rilevato in precedenza, che, proseguendo lungo una linea di sviluppo già affermata negli ultimi anni, la Corte, a fronte di un vizio di illegittimità costituzionale, non si astiene dal decidere nel merito per mancanza di “soluzioni costituzionalmente obbligate”, ovvero di risposte a “rime obbligate”⁴⁹. Ancora, nella Relazione del Presidente Coraggio del 2020, si riconosce che, nei settori in cui i valori espressi dalle norme costituzionali sono più soggetti alla pressione dell'evolversi della realtà etico-sociale – come, ad esempio, i diritti e i doveri delle coppie omosessuali, la genitorialità biologica e legale – «viene in evidenza il problema del rapporto con il legislatore, problema che da sempre costituisce un aspetto delicato del sindacato di costituzionalità e che del resto era stato sottolineato da autorevoli esponenti dell'Assemblea

⁴⁵ Cfr. *supra* § 1.

⁴⁶ Cfr. Relazione Pres. Lattanzi, p. 7.

⁴⁷ Cfr. Relazione Pres. Cartabia, pp. 4-5 e pp. 8-11.

⁴⁸ Cfr. Relazione Pres. Coraggio, pp. 8-9.

⁴⁹ Cfr. Relazione Pres. Cartabia, p. 8; nella stessa Relazione si dà conto anche del fatto che tale evoluzione giurisprudenziale investe sovente la materia penale, a lungo oggetto di particolare ritrosia da parte della Corte costituzionale in nome del principio di legalità sancito dall'art. 25 della Costituzione; e si osserva che, proprio in questo ambito, è sembrato «sempre più inaccettabile che [...] laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni: una nuova sensibilità in questo ambito ha imposto alla Corte di rinvenire nell'ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore».

costituente»⁵⁰. La consapevolezza dei limiti del sindacato di costituzionalità è – nelle parole del Presidente Coraggio – una stella polare nell’attività giurisdizionale della Corte, cui si impone il rispetto delle prerogative del Parlamento, quale «interprete della volontà della collettività [...] chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

Parimenti, nell’ultima relazione del Presidente Barbera del 2023, si evidenzia «l’importanza, a questo fine, del dovere di cooperazione tra Corte costituzionale e legislatore, ciascuno nel rispetto e nei limiti, anche procedurali, delle proprie competenze» e si precisa che «a fronte di una eventuale persistente inerzia legislativa, la Corte, in collaborazione con i giudici comuni nel senso precisato, non può tuttavia rinunciare al proprio ruolo di garanzia, che include anche il compito di accertare e dichiarare i diritti fondamentali reclamati da una “coscienza sociale” in costante evoluzione»⁵¹.

La deferenza verso il legislatore che, come si è tentato di spiegare, è andata un po’ riducendosi nel corso degli ultimi anni, ha però indotto la Corte a sperimentare la nuova tecnica del “rinvio a data certa”⁵²: con essa, come si è detto, in mancanza di punti di riferimento normativi e in presenza di interventi complessi e articolati, la Corte si è sentita obbligata a privilegiare il naturale intervento del legislatore; all’accertamento della contrarietà a Costituzione della norma censurata fa quindi seguito non già la contestuale declaratoria di illegittimità costituzionale ma il rinvio a una nuova udienza per l’esame del merito, dando tempo così al legislatore di disciplinare la materia. Tuttavia, questa tecnica non ha conseguito i risultati sperati, se si considera che, come evidenziato sempre nella relazione della Presidente Barbera, «nei casi più significativi il legislatore non è intervenuto, rinunciando ad una prerogativa che ad esso compete, obbligando questa Corte a procedere con una propria e autonoma soluzione, inevitabile in forza dell’imperativo di osservare la Costituzione»⁵³.

La già citata relazione del Presidente Coraggio contiene, inoltre, riflessioni sul ruolo che la Corte costituzionale – al pari delle Corti supreme nazionali e sovranazionali – svolge sia sugli assetti ordinamentali, sia sul riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali. E si osserva che, come le altre Corti, anche la «nostra si è trovata ad operare in un contesto caratterizzato insieme da una maggiore complessità e da una maggiore urgenza per il moltiplicarsi delle pretese che chiedono di essere ricondotte a diritti fondamentali e che sono avvertite – a torto o a ragione – come irrinunciabili e non procrastinabili»⁵⁴. Il riconoscimento di queste pretese comporta un compito delicato, che richiede, anzitutto, una selezione attenta delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela, per evitare che ogni pretesa si trasformi automaticamente in diritto, e poi che il “nuovo diritto” si inserisca armonicamente nel contesto preesistente⁵⁵. È compito proprio del legislatore farsene carico, ma in mancanza di un suo intervento – mancanza a volte giustificata dal tumultuoso evolversi della società – la Corte non può, a sua volta, rimanere inerte, specie quando sono in gioco i diritti di minoranze,

⁵⁰ Cfr. Relazione Pres. Coraggio, pp. 10.

⁵¹ Cfr. Relazione Pres. Barbera, p. 13 e p. 15.

⁵² Nella relazione il Presidente Coraggio ha fatto riferimento alla tecnica processuale della incostituzionalità “prospettata”.

⁵³ Cfr. Relazione Pres. Barbera, p. 17.

⁵⁴ Cfr. Relazione Pres. Coraggio, p. 15.

⁵⁵ «I diritti, come i valori che li esprimono, non vivono isolatamente, ma si limitano e si condizionano a vicenda, poiché il loro esercizio comporta altrettanti doveri e oneri a carico dei singoli o della collettività»: cfr. Relazione Pres. Coraggio, pp. 15 – 16.

la cui tutela è il naturale campo di azione dei giudici, quali garanti di una democrazia veramente inclusiva.

Sotto altro e distinto profilo, nella Relazione del Presidente Amato del 2021, vengono richiamate alcune vicende che testimoniano un particolare atteggiarsi dei rapporti tra la Corte e il legislatore: sono segnalate, ad esempio, l'ordinanza n. 97 del 2021 – cui oggi va però aggiunta l'ordinanza n. 122 del 2022 in tema di ergastolo ostativo – e la sentenza n. 41 del 2021, con cui sono state dichiarate illegittime le norme sulla stabile utilizzazione dei giudici ausiliari come componenti dei collegi di Corte d'Appello, evidenziandosi come la Corte, con l'obiettivo di lasciare al legislatore il tempo per la necessaria «gradualità della completa attuazione della normativa costituzionale», ha fatto valere il termine del 31.10.2025, già individuato dal legislatore per l'entrata in vigore del riordino della magistratura onoraria, per la decorrenza della declaratoria di incostituzionalità⁵⁶. Aspetto questo che viene ripreso anche nella relazione del Presidente Barbera del 2023, in cui si evidenzia come talora emerga «l'esigenza di modulare gli effetti temporali della pronuncia di accoglimento, in un'ottica di collaborazione con il legislatore. Infatti, contenendo l'impatto della decisione in una precisa dimensione temporale, si agevola un intervento legislativo per una disciplina ricostruttrice che si faccia carico del problema, evitando vuoti normativi, oltre che garantendo maggiore certezza dei rapporti giuridici»⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. Relazione Pres. Amato, p. 17.

⁵⁷ Cfr. Relazione Pres. Barbera, p. 18.

Quando il giudice comune deve “fare da sé”: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*

SOMMARIO: 1. L'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza. Le linee evolutive. – 2. *Segue*. L'interpretazione conforme tra controllo di ammissibilità e scrutinio di merito. – 3. Il diritto vivente nella giurisprudenza recente. – 4. Interpretazione adeguatrice e interpretazione costituzionalmente orientata. – 5. Il limite testuale. – 6. Interpretazione conforme a Costituzione e disapplicazione. – 7. L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Un esempio recente.

1. L'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza. Le linee evolutive.

La condizione di proponibilità della non manifesta infondatezza aveva inizialmente suggerito l'idea della tendenziale obbligatorietà dell'instaurazione del giudizio costituzionale per l'impugnazione in via incidentale di ogni disposizione legislativa suscettibile di essere interpretata *contra Constitutionem*. Non appariva infatti possibile, in questa prospettiva, ritenere *manifestamente* infondato il dubbio concernente una disposizione legislativa di per sé idonea ad esprimere, in virtù del suo tenore letterale, anche un solo significato costituzionalmente illegittimo⁵⁸.

Nel primo quindicennio di attività della Corte, secondo una periodizzazione condivisa, tale posizione era coerente con il *favor* originariamente manifestato per il più ampio ricorso all'incidente di costituzionalità, in funzione del necessario adeguamento del sistema legislativo, in larga misura prerepubblicano, al nuovo quadro costituzionale.

Ma già in tale fase iniziale l'indicazione volta a promuovere l'accesso al giudizio incidentale prescindendo dalle concrete possibilità di adeguamento interpretativo risultava, almeno implicitamente, disattesa dal ricorso non occasionale alle sentenze interpretative di rigetto⁵⁹.

Il ricorso a tale tecnica di giudizio si è intensificato negli anni successivi al primo quindicennio di attività della Corte sino all'assestamento, a metà degli anni Novanta, della nota giurisprudenza – di cifra processuale – secondo la quale “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ... ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”⁶⁰.

Tale precedente viene reiterato, è stato efficacemente detto, come un *calembour* nella giurisprudenza successiva, nella quale la (manifesta) inammissibilità della questione sollevata

* Testo rivisto dell'omonima relazione nell'ambito del corso della Scuola Superiore della Magistratura su “Il giudice comune e la Corte costituzionale”, Roma, Corte costituzionale, 30 maggio 2023. Per i necessari riferimenti alla giurisprudenza più recente in tema di interpretazione conforme a Costituzione si rinvia a G. PARODI, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 2023, n. 6, p. 2883 ss.; Id., *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice costituzionale*, in *Lo Stato*, 2024, n. 1, p. 63 ss.

⁵⁸ In argomento R. GUASTINI, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995.

⁵⁹ In argomento R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta on line*, n. 3/2018, p. 625, il quale osserva che l'interpretazione conforme a Costituzione trova il suo fondamento nello strumento delle sentenze interpretative di rigetto utilizzate dalla Corte fin dal 1957.

⁶⁰ Si tratta della sentenza di inammissibilità n. 356/1996, redattore Gustavo Zagrebelsky.

è dichiarata giacché il giudice *a quo*, “in assenza di un diritto c.d. vivente, avrebbe dovuto necessariamente porsi il problema della possibilità di una lettura conforme a Costituzione alternativa a quella accolta nell’ordinanza di rimessione, e solo successivamente, nella constatata impossibilità di pervenire a siffatta diversa lettura, avrebbe potuto sollevare la questione di costituzionalità”⁶¹.

La puntuale documentazione, nell’ordinanza di rimessione, dell’insuccesso del “doveroso” sforzo di adeguamento interpretativo – quindi della *impossibilità* di quest’ultimo, come si afferma nella citata sentenza n. 356 del 1996 – veniva così a configurarsi, a partire dalle citate pronunce, alla stregua di una “terza” condizione di proponibilità della questione⁶², secondo un’impostazione che ha caratterizzato la giurisprudenza del ventennio successivo sino al suo abbandono – o, meglio, sino alla forte attenuazione del suo rigore – a partire dalla seconda metà della scorsa decade.

Un tentativo di adeguamento in via interpretativa continua ad essere richiesto all’interprete – in applicazione, secondo una chiave di lettura proposta in alcune sentenze interpretative di rigetto, del principio di supremazia della Costituzione⁶³ – ma si attenua notevolmente il relativo “onere probatorio”. Non è infatti più necessaria la dimostrazione dell’*impossibilità* di tale adeguamento, risultando sufficiente, ai fini dell’ammissibilità della questione, una *motivazione plausibile* dell’impraticabilità dell’interpretazione conforme.

Non si tratta probabilmente di un’apertura di credito paragonabile a quella che la Corte concede al rimettente rispetto ai profili di ammissibilità relativi alla giurisdizione, alla competenza, o all’interesse ad agire nel giudizio *a quo*, il cui difetto rileva solo se macroscopico⁶⁴. Ma evidente è l’alleggerimento dell’onere argomentativo, come chiarito nella sentenza n. 77 del 2018, sulla compensazione delle spese nel processo civile, una delle più attente – tra quelle ascrivibili al nuovo corso – a non segnare una discontinuità troppo netta con l’impostazione precedente⁶⁵.

2. (Segue): L’interpretazione conforme tra controllo di ammissibilità e scrutinio di merito.

All’origine della menzionata svolta giurisprudenziale, che possiamo far decorrere dalla sentenza n. 221 del 2015, vi è probabilmente anche la constatazione che, nel corso degli anni, la severità della precedente giurisprudenza di segno processuale aveva finito per frenare l’impugnazione delle leggi in via incidentale con conseguente inaridimento di tale via di accesso alla Corte ed esposizione di questa ad un serio rischio di contrazione della sua capacità di intervento.

⁶¹ Ord. n. 147 del 1998. Conformi, tra le moltissime, le sent. n. 17/2010, 10/2013, 23 e 60/2014, 3/2015; le ord. n. 341, 268, 205/2008, 304 e 102/2012.

⁶² G. AMOROSO, *L’interpretazione “adeguatrice” nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, c. 92 ss.

⁶³ Da ultimo, Corte cost., sentenza interpretativa di rigetto n. 65 del 2022. Conformi le pronunce citate *infra*, nota 38.

⁶⁴ Da ultimo, in tema di giurisdizione, Corte cost., sent. n. 101 del 2023.

⁶⁵ Si legge nella sent. n. 77/2018 che “i giudici rimettenti hanno, con motivazione plausibile, escluso la possibilità di interpretazione adeguatrice della disposizione censurata ... Tanto è sufficiente per ritenere l’ammissibilità della questione, anche in ragione della più recente giurisprudenza di questa Corte che ha affermato che, se è vero che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime « perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne) », ciò però non significa che « ove sia improbabile o difficile prospettare un’interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito » (sentenza n. 42 del 2017; nello stesso senso, sentenza n. 83 del 2017)”. Cfr. anche le sentenze n. 42/2017, 15 e 32/2018.

Si tratta di un rischio disinnescato dapprima, a partire dalle sentenze gemelle del 2007⁶⁶, sul versante di un paventato sindacato diffuso di convenzionalità a séguito della modifica dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione⁶⁷; quindi, successivamente, a partire dalla sentenza n. 269 del 2017, in termini peraltro meno risolutivi, sul diverso terreno della doppia pregiudizialità in caso di contrasto tra diritto interno e CDFUE⁶⁸.

In che misura ciò abbia condotto ad un effettivo “riaccentramento” del giudizio di costituzionalità è tuttora oggetto di discussione⁶⁹. Ciò che interessa osservare, con riguardo all'interpretazione conforme a Costituzione, è che il mutamento di giurisprudenza avviato nel 2015 non può, a ben vedere, dirsi radicale. Si tratta piuttosto di una precisazione (fortemente) riduttiva dell'onere di interpretazione conforme che davanti alla Corte continua, seppure in misura ridotta, a formare oggetto di apprezzamento discrezionale in sede di scrutinio di ammissibilità⁷⁰.

Come anticipato, quest'ultimo si considera superato favorevolmente in presenza di una motivazione esplicita – anche se, ad avviso della Corte, erronea, ciò che tuttavia investe il merito della questione, non la sua ammissibilità⁷¹ – dell'impraticabilità, o anche, semplicemente, della difficoltà di adeguamento interpretativo, in considerazione del tenore letterale della disposizione⁷², ovvero della presenza di un diritto vivente ostativo o, meglio, contrario⁷³.

⁶⁶ Corte cost., sentenze n. 347 e 348 del 2007.

⁶⁷ In ordine all'interpretazione convenzionalmente conforme rimangono attuali, seppure discusse e apparentemente sintonizzate sulla coeva giurisprudenza in tema di interpretazione conforme a Costituzione, le coordinate e le indicazioni restrittive fornite dalla sentenza n. 49 del 2015, nella quale si legge che “Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011)”. Una lettura critica della citata pronuncia è proposta da G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015.

⁶⁸ Sulla giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 269 del 2017, per i necessari riferimenti, si rinvia a G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022, p. 128 ss.; Id., *Priorità del giudizio costituzionale e disapplicazione. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022*, cit., p. 175 ss.

⁶⁹ Cfr. B. CARAVITA, *Il “riaccentramento” del giudizio costituzionale italiano all'alba del secondo decennio del ventunesimo secolo*, in Id. (a cura di), *Un “riaccentramento” del giudizio costituzionale italiano? I nuovi spazi del Giudice delle leggi tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021; G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *federalismi.it*, n. 3/2021.

⁷⁰ La sent. n. 91/2018 conferma che “In base alla costante giurisprudenza costituzionale [...] lo scrutinio nel merito della questione sollevata è precluso dalla mancata o inadeguata sperimentazione, da parte del giudice *a quo*, della possibilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale e tale da determinare il loro superamento o da renderli comunque non rilevanti nel procedimento *a quo* (sentenze n. 253 e n. 45 del 2017; ordinanze n. 97 e n. 58 del 2017)”; nell'ord. 207/2018 viene poi reiterata la precisazione che “l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione (*ex plurimis*, sentenze n. 268 e n. 83 del 2017, n. 241 e n. 36 del 2016, n. 219 del 2008)”

⁷¹ Si legge in Corte cost., sent. n. 83/2017: “Questa Corte ha in più occasioni affermato che quando il rimettente si prospetta la via dell'interpretazione adeguatrice, ma esclude che essa sia percorribile, la questione che ne deriva non può ritenersi inammissibile a causa della erroneità di tale conclusione. In questo caso, infatti, il giudice *a quo* ha assolto al proprio dovere di motivazione sui requisiti di ammissibilità, e lo stabilire se l'interpretazione conforme è o non è praticabile attiene al merito della questione di legittimità costituzionale (sentenze n. 42 del 2017, n. 240, n. 95 e n. 45 del 2016, n. 262 del 2015), non alla sua ammissibilità”.

⁷² Corte cost., sent. n. 268/2017, n. 41 e 114/2018.

⁷³ Corte cost., sent. n. 122 e 266/2017, n. 13/2018.

Da ultimo, il sindacato sulla plausibilità della motivazione dell'ordinanza appare ridotto al minimo, come nella recentissima sentenza n. 104 del 2023, nella quale si ribadisce “il costante orientamento di questa Corte secondo cui l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il giudice rimettente *sostenga*, come nel caso di specie, che il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione”⁷⁴.

Nella sentenza n. 139 del 2022, di poco precedente, si affermava che “il giudice *a quo* ha, invero, assolto al proprio dovere di esaminare la via dell'interpretazione adeguatrice, *ritenendola non praticabile*” e si ribadiva che “[s]tabilire, poi, se l'interpretazione conforme sia o non sia praticabile attiene al merito della questione di legittimità costituzionale (sentenze n. 83 e n. 42 del 2017, n. 240, n. 95 e n. 45 del 2016, n. 262 del 2015), non alla sua ammissibilità”⁷⁵.

Si tratta di un apparente cambio di paradigma, peraltro ripetutamente sottolineato dalla Corte nella sua giurisprudenza recente. Al riguardo, già nella sentenza n. 221 del 2015, si legge che «[l]a possibilità di 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»⁷⁶.

Si tratta, a ben vedere, di chiavi di lettura non irriducibili.

In qualche caso, la stessa Corte ne ha proposto una composizione, ribadendo, da un lato, che “l'effettiva *sostenibilità dell'interpretazione adeguatrice* che il giudice *a quo* abbia consapevolmente escluso sulla base del tenore letterale della disposizione censurata attiene al merito della questione di legittimità costituzionale e non alla sua ammissibilità (sentenze n. 11 del 2020, n. 189 e n. 12 del 2019, n. 135 e n. 15 del 2018, n. 194, n. 83 e n. 42 del 2017, n. 221 del 2015)”⁷⁷, ma aggiungendo, dall'altro, che “per essere realmente consapevole, l'esclusione dell'interpretazione adeguatrice da parte del giudice *a quo* deve fondarsi su un esame «accurato ed esaustivo» delle alternative poste a disposizione dal dibattito giurisprudenziale (sentenza n. 253 del 2017): *in difetto di tale esame, la questione di legittimità costituzionale è inammissibile*”⁷⁸.

Sembra pertanto, in altri termini, esservi una soglia minima – sempre meno impegnativa e da ultimo ridotta alla mera asserzione del giudice *a quo* circa l'impraticabilità dell'interpretazione conforme – raggiunta la quale il grado di accuratezza del tentativo giudiziale di adeguamento si considera sufficiente ai fini dell'ammissibilità della questione.

⁷⁴ Corsivo aggiunto. La citata sentenza n. 104/2023 rinvia a numerosi precedenti: *ex plurimis*, sentenze n. 18 del 2022, n. 59 e n. 32 del 2021, n. 32 del 2020, n. 221 e n. 141 del 2019, n. 268 e n. 83 del 2017, n. 241 del 2016.

⁷⁵ Analogamente, nella sent. n. 73 del 2023, si legge che “Ai fini dell'ammissibilità, è infatti sufficiente – in base alla costante giurisprudenza di questa Corte – che il giudice abbia esplorato, e consapevolmente scartato, la possibilità di una interpretazione conforme alla Costituzione (tra le tante, sentenze n. 172 e n. 150 del 2021)”.

⁷⁶ Cfr. anche le sentenze n. 150/2022, n. 50 e 118/2020, n. 133/2019, n. 180 e 194/2017, n. 132/2018, n. 42/2017, n. 240, 219, 95 e 45/2016, n. 262/2015.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 123/2020.

⁷⁸ Si tratta ancora di un passaggio della sent. n. 123/2020; corsivo non testuale. Analogamente, nella sentenza n. 219 del 2022 si legge quanto segue: “Come questa Corte afferma, con indirizzo ormai costante, «l'effettivo esperimento del tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata – ancorché risolto dal giudice *a quo* con esito negativo per l'ostacolo ravvisato nella lettera della disposizione denunciata – consente di superare il vaglio di ammissibilità della questione incidentale sollevata. La correttezza o meno dell'esegesi presupposta dal rimettente – e, più in particolare, la superabilità o non superabilità degli ostacoli addotti a un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata – attiene invece al merito, e cioè alla successiva verifica di fondatezza della questione stessa» (da ultimo, sentenza n. 204 del 2021)”.

Mentre la più approfondita valutazione della reale possibilità di un adeguamento per via interpretativa costituisce profilo concernente, secondo la giurisprudenza dell'ultimo periodo, il merito della questione di legittimità costituzionale.

Il nuovo assetto dei rapporti tra giudici *a quibus* e Corte è nitidamente tratteggiato da Franco Modugno nei termini seguenti: “Quello del giudice *a quo* è insomma un onere di motivazione, un *obbligo di diligenza* e non di risultato; e la motivazione è condizione necessaria, quanto *sufficiente*, per accedere al merito del sindacato di costituzionalità, anche ove non risulti del tutto *persuasiva*”⁷⁹.

Coerentemente con tali premesse, nella sentenza n. 101 del 2023, la Corte ha disatteso l'assunto dell'avvenuto consolidamento di un diritto vivente contrario a Costituzione – indicato dal rimettente quale premessa della necessità di sollevare la questione – senza pervenire ad una decisione di inammissibilità, ma proponendo un'interpretazione adeguatrice per il tramite di una sentenza interpretativa di rigetto⁸⁰, variante decisoria non a caso più frequente nel periodo recente, a séguito della profonda rivisitazione del requisito di ammissibilità che, per due decenni, ha operato quale barriera processuale non invalicabile ma, come si è ricordato, oggetto di una giurisprudenza costituzionale forse troppo intransigente⁸¹.

3. Il diritto vivente nella giurisprudenza recente.

Nella giurisprudenza costituzionale successiva alla “svolta” del 2015 si ribadisce che l'onere di interpretazione conforme sussiste (seppure, come si è visto, in forma non assoluta) solo in assenza di un diritto vivente contrario⁸², anche per evitare la pronuncia di decisioni destinate a cadere nei successivi gradi di giudizio⁸³.

⁷⁹ F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 1121.

⁸⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 101 del 2023, punto 5.1. del *Considerato in diritto*: “Ritiene, infatti, questa Corte che diversa sia l'interpretazione da attribuire alle disposizioni censurate, secondo il loro corretto inquadramento sistematico e alla luce dei canoni costituzionali (sentenze n. 65 del 2022, n. 206 del 2015, n. 198 del 2003, n. 316 del 2001 e n. 113 del 2000). E tale diversa interpretazione consente di superare i prospettati dubbi di illegittimità costituzionale”.

⁸¹ Per i necessari riferimenti a tale fase della giurisprudenza costituzionale si rinvia a G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2020, p. 199 ss., 421 ss.

⁸² Corte cost., sent. n. 122 del 2017: “Nel caso in esame, tenuto conto del numero e dell'uniformità delle decisioni della Corte di cassazione in materia, non è in effetti contestabile che – conformemente a quanto sostenuto dal rimettente – debba registrarsi l'avvenuta formazione di un “diritto vivente”, secondo il quale l'art. 41-bis ord. pen., e in particolare il suo comma 2-quater, lettere a) e c), legittima l'amministrazione penitenziaria a vietare ai detenuti in regime speciale di ricevere dall'esterno e di inviare all'esterno libri e periodici. Si deve, di conseguenza, escludere che possa rimproverarsi al giudice a quo di non aver optato per una diversa interpretazione, più aderente ai parametri costituzionali evocati – interpretazione che lo stesso giudice ha, peraltro, già sperimentato in precedenza, senza successo – *sussistendo detto onere solo in assenza di un contrario “diritto vivente”* (sentenza n. 113 del 2015)”. Cfr. anche la sent. n. 2/2023: “La premessa interpretativa da cui muovono entrambe le ordinanze di remissione è dunque fedele alla costante lettura fornita dalla descritta giurisprudenza di legittimità, che costituisce ormai, come ricordato, diritto vivente. Ciò fugge ogni dubbio quanto all'ammissibilità delle questioni sollevate”.

⁸³ Mette conto riportare quanto affermato dalla sent. n. 240/2016, nella quale, per un verso, si esclude che “una sola pronuncia del giudice amministrativo di appello, seppur seguita da altre decisioni conformi di vari organi giurisdizionali di primo grado, abbia già determinato l'insorgenza di un diritto vivente”; per un altro verso, si ammette che “se il giudice non si determinasse a sollevare la questione di legittimità costituzionale, l'alternativa sarebbe dunque solo adeguarsi ad una interpretazione che non si condivide o assumere una pronuncia in contrasto, probabilmente destinata ad essere riformata”.

Quando una disposizione legislativa “vive” nell’ordinamento secondo un’interpretazione assestata nella giurisprudenza⁸⁴, dispensare il giudice da sforzi esegetici in chiave alternativa è del resto, e a maggior ragione, coerente con l’attenuazione dell’onere di adeguamento quale condizione necessaria per la rituale prospettazione della questione⁸⁵.

La Corte riconosce così al giudice comune un’ampia autonomia nell’allegare, in sede di instaurazione del giudizio incidentale, la difficoltà e, ancor prima, la scarsa utilità di un’interpretazione conforme in presenza di un orientamento consolidato di dubbia legittimità costituzionale⁸⁶.

D’altro canto, ove la ricognizione del diritto vivente da parte del giudice *a quo* risulti viziata, la conseguenza più lineare dovrebbe essere l’indicazione di un’interpretazione conforme a Costituzione ad opera della Corte, ove possibile, con sentenza interpretativa di rigetto⁸⁷. La soluzione della declaratoria di inammissibilità per inadeguato tentativo di interpretazione conforme, a fronte di una scorretta ricostruzione del diritto vivente, frequente secondo l’impostazione meno recente, risulta infatti recessiva.

Nondimeno, ai fini dell’individuazione della “norma vivente”, la Corte pretende dal giudice *a quo* un certo grado di accuratezza e l’inammissibilità della questione viene tuttora pronunciata ove, in particolare, sia addebitabile al giudice *a quo* l’intento di ottenere, all’esito del giudizio costituzionale incidentale, un indebito “avallo” del proprio orientamento interpretativo⁸⁸.

Una sintesi efficace della dottrina delle Corte in tema di diritto vivente nel nuovo panorama giurisprudenziale si legge nella sentenza n. 141 del 2019, sulla legittimità costituzionale della legge “Merlin”⁸⁹.

⁸⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 11/2015, n. 122/2017, n. 141/2019, nella quale ultima si ribadisce, con rinvio alla precedente sentenza n. 191/2016 e all’ordinanza n. 207/2018, che in presenza di diritto vivente “la norma vive ormai nell’ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l’intervento del legislatore o [della] Corte”.

⁸⁵ In passato, lo sforzo di adeguamento in via interpretativa era stato in qualche caso ritenuto doveroso (ad esempio, nelle ordinanze n. 109 e 229/2003) pur in presenza di un diritto vivente contrario dal quale il rimettente aveva ritenuto di non poter prescindere; a maggior ragione, l’inammissibilità era apparsa giustificata quando in una norma vivente incostituzionale si fosse imbattuta la Corte di cassazione, alla quale l’ordinamento affida la funzione di nomofilachia, “cui si ricollega la stessa formazione, e perciò anche l’evoluzione nel tempo, del diritto vivente” (ord. n. 322/2001). Si tratta peraltro di precedenti controversi, proprio in considerazione dei rischi, più o meno elevati, di interferenza nella funzione nomofilattica attribuita alla Suprema Corte, anche al di là delle reali occasioni di “conflitto” tra Corti, che pure negli ultimi anni non sono del tutto mancate.

⁸⁶ Cfr. ancora la sent. n. 240/2016, citata *supra*, nota 26.

⁸⁷ Corte cost., sent. n. 101 del 2023.

⁸⁸ Da ultimo, nella sentenza n. 54 del 2023, per un verso, si osserva che “deve escludersi che l’interpretazione sulla quale si incentrano le censure del rimettente possa essere assunta a diritto vivente valutabile ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, posto che, come questa Corte ha già avuto modo di precisare, «alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un “diritto vivente”» (ex *aliis*, sentenze n. 78 del 2012 e n. 217 del 2010), essendo, per contro, necessario un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità (ex *aliis*, sentenze n. 243 e n. 20 del 2022 e n. 1 del 2021), o comunque espresso a Sezioni unite (sentenze n. 13 del 2022 e n. 33 del 2021). Un siffatto orientamento non può ritenersi formato nella materia in scrutinio, avuto riguardo alla non univocità e al carattere risalente dei ricordati precedenti”. Per un altro verso, nella pronuncia citata, si conclude che il giudice *a quo*, “promuovendo l’incidente di legittimità costituzionale, ha inteso conseguire dalla Corte un avallo ad una delle possibili opzioni ricostruttive. Siffatto uso improprio dello strumento dello scrutinio di legittimità costituzionale rende inammissibili le questioni sollevate (ex *plurimis*, sentenze n. 132 del 2019 e n. 21 del 2013; ordinanze n. 97 del 2017, n. 87 e n. 33 del 2016), con assorbimento di ogni altro profilo di inammissibilità”.

⁸⁹ Mette conto riportare per esteso alcuni passaggi della sentenza n. 141 del 2019, sulla legittimità costituzionale della legge “Merlin”: “Secondo la difesa dello Stato, il giudice *a quo* avrebbe omesso,

In questa pronuncia, il giudice costituzionale premette di non poter “rimproverare alla corte rimettente di non essersi espressamente interrogata sulla praticabilità di alternative ermeneutiche, che risulterebbero chiaramente eccentriche rispetto al modo in cui le disposizioni censurate “vivono” da sessant’anni”.

Quindi aggiunge che, “in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo*, se pure è libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, ha, alternativamente, la facoltà di assumere l’interpretazione censurata in termini di «diritto vivente» e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (*ex plurimis*, sentenze n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016; ordinanza n. 201 del 2015). Ciò, senza che gli si possa addebitare di non aver seguito altra interpretazione, più aderente ai parametri stessi, sussistendo tale onere solo in assenza di un contrario diritto vivente (tra le altre, sentenze n. 122 del 2017 e n. 11 del 2015)”.

La conclusione del ragionamento è che, in tale ipotesi, “«da norma vive ormai nell’ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l’intervento del legislatore o [della] Corte» (tra le altre, sentenza n. 191 del 2016; in senso analogo, ordinanza n. 207 del 2018)”.

La presenza del diritto vivente, talora richiamato unitamente al limite testuale⁹⁰, non preclude al giudice di sperimentare opzioni esegetiche alternative, ma orienta fisiologicamente il giudice verso la prospettazione della questione⁹¹.

Il ruolo del diritto vivente ai fini dell’instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale è quello precisato dalla giurisprudenza richiamata anche quando riguarda

anzitutto, di esperire il doveroso tentativo di interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate, sollevando le questioni al solo scopo di ottenere un avallo interpretativo.

L’eccezione è infondata.

L’ipotetica interpretazione adeguatrice cui allude l’Avvocatura dello Stato, senza peraltro specificarne i contenuti, dovrebbe evidentemente consistere nel ritenere che il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione restino, già ora, esenti da pena allorché la persona reclutata o favorita abbia liberamente scelto di prostituirsi. Ciò, o perché si tratterebbe di condotte non conformi alla fattispecie legale, ovvero, eventualmente, in ragione dell’operatività della scriminante del consenso dell’avente diritto (art. 50 del codice penale).

Entrambe le soluzioni ermeneutiche si pongono, tuttavia, in frontale contrasto con il diritto vivente. La giurisprudenza di legittimità non ha mai dubitato, infatti, che le incriminazioni in esame trovino applicazione a prescindere dall’atteggiamento psicologico della persona che si prostituisce e dal suo eventuale pieno consenso al compimento degli atti di meretricio (in questo senso, espressamente, da ultimo, Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenze 17 novembre 2017-30 marzo 2018, n. 14593 e 19 luglio 2017-7 febbraio 2018, n. 5768). Conclusione che appare, peraltro, in linea non soltanto con l’indifferenziato tenore letterale delle previsioni punitive, ma anche – come si avrà presto modo di verificare – con la logica stessa del modello di intervento adottato dalla legge n. 75 del 1958”.

⁹⁰ Secondo Corte cost., sent. n. 75 del 2019, la Corte rimettente “non ha omissis di verificare la possibilità di una interpretazione adeguatrice (nel senso della scissione soggettiva degli effetti della notificazione), ma l’ha poi ritenuta impraticabile per l’ostacolo, a suo avviso non superabile, ravvisato nella lettera della legge. E ciò anche alla luce della interpretazione del citato art. 16-septies accolta dal giudice della nomofilachia, e consolidatasi in termini di diritto vivente”.

⁹¹ Corte cost., sent. n. 259 del 2017: “Il rimettente ben può scegliere di uniformarsi a un’interpretazione che rappresenta “diritto vivente” e «richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali» (fra le molte, sentenza n. 122 del 2017, punto 3. del Considerato in diritto)”; sent. n. 39 del 2018: “Il giudice *a quo*, libero di privilegiare una diversa lettura del dato normativo, ben può scegliere di uniformarsi a un’interpretazione che assurge oramai al rango di diritto vivente e richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i precetti costituzionali (sentenza n. 259 del 2017, punto 2.3. del Considerato in diritto)”.

l'interpretazione conforme alla CEDU, in presenza di una giurisprudenza contraria delle Sezioni Unite della Cassazione⁹².

4. Interpretazione adeguatrice e interpretazione costituzionalmente orientata.

La dottrina più attenta ai “lati oscuri” dell'interpretazione conforme aveva in passato segnalato il rischio che le (ormai rarefatte) ordinanze di manifesta inammissibilità spingessero i giudici comuni a fare un uso, per così dire, tuzioristico e talora distorto di tale variante dell'interpretazione sistematica, forzandone i limiti, anche testuali, se non altro per prevenire lo stigma processuale derivante dall'esito di un giudizio costituzionale irritualmente instaurato.

Al di là di tali possibili, ma occasionali, distorsioni, la pregressa giurisprudenza poteva indurre i giudici a sperimentare – pur nel rispetto del limite testuale – un'interpretazione orientata eccedente le esigenze propriamente adeguatrici per privilegiare, tra più interpretazioni compatibili con il parametro costituzionale, quella capace di assicurare la massima “attuazione” dei principi costituzionali.

Si finiva così per promuovere, in qualche misura, un *judicial activism*, per così dire, *value oriented*, impegnato non tanto nell'individuazione di un significato compatibile con il parametro costituzionale, quanto, piuttosto, nella ricerca del grado più elevato di congruenza assiologica, pur a fronte di un ambito rimesso alla discrezionalità del legislatore, incaricato di procedere ai necessari bilanciamenti, la cui ragionevolezza può, entro certi limiti, essere semmai sindacata dalla Corte.

Prendendo sul serio la formulazione proposta dagli organizzatori, si potrebbe distinguere, all'interno della categoria dell'interpretazione conforme, tra, da un lato, l'interpretazione propriamente adeguatrice, diretta ad *evitare* il profilarsi di un'antinomia tra legge e Costituzione e la conseguente necessità di dichiarare l'incostituzionalità della legge (di *constitutional avoidance* ragiona la stessa Corte Suprema statunitense⁹³); e, dall'altro, l'interpretazione costituzionalmente orientata, problematicamente volta a garantire l'attuazione dei valori costituzionali nel massimo grado, bilanciando gli stessi al posto del legislatore attraverso autonomi giudizi di prevalenza, anziché muovere dal bilanciamento (apparentemente, data la sua limitata conoscibilità) compiuto dal legislatore per attivare, se necessario, il controllo di costituzionalità della disciplina legislativa in ipotesi meritevole di uno scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità.

5. Il limite testuale.

Al di là della rinnovata indicazione dottrinale, costituzionalmente fondata sull'articolo 101, secondo comma, che invita il giudice a privilegiare l'interpretazione letterale⁹⁴, ciò che, più

⁹² Nella sentenza n. 33 del 2021 (punto 3.2. del *Considerato in diritto*), peraltro evocativa della discussione sul valore dei pareri resi della Corte EDU a norma del Protocollo 16 alla CEDU, si legge quanto segue: “Infondata è altresì l'ulteriore eccezione di inammissibilità imperniata sull'omessa sperimentazione da parte del Collegio rimettente di un'interpretazione conforme alla CEDU alla luce del citato parere consultivo La Sezione rimettente ha plausibilmente motivato nel senso dell'impraticabilità di una interpretazione conforme, proprio in ragione dell'intervenuta pronuncia delle Sezioni unite, che ha formato il diritto vivente che il giudice a quo sospetta di contrarietà alla Costituzione. Ciò deve ritenersi sufficiente ai fini dell'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, da ultime, sentenze n. 75 del 2019, n. 39 del 2018, n. 259 e n. 122 del 2017).

⁹³ Su questo aspetto si rinvia a G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Numero speciale*, 2019, p. 611 ss.

⁹⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali IX*, Milano, 2016, p. 440 ss.

realisticamente, consente di individuare il limite oltre il quale il giudice non può fare da sé attiene al cosiddetto limite testuale, che l'interpretazione conforme a Costituzione non può valicare.

Secondo la Corte costituzionale, “eventuali residue incertezze di lettura sono destinate a dissolversi una volta che si sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, *fra più soluzioni astrattamente possibili*, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione”⁹⁵.

Più esplicitamente, la compatibilità con il “dettato letterale della legge” (da escludersi in presenza di “pronunce giudiziali che abbiano sì conseguito l'adeguamento della norma alla Costituzione, ma per il tramite di interpretazioni eccentriche e palesemente contrarie al dettato letterale della legge”), “segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale”⁹⁶.

Nella sentenza n. 268 del 2017, già citata sopra, si legge: “consapevolmente, la Corte rimettente ravvisa nel tenore testuale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione compatibile con i parametri costituzionali invocati. Tale modo di procedere è corretto, giacché questa Corte ha in più occasioni affermato che quando il rimettente si prospetta la via dell'interpretazione conforme ma esclude che essa sia percorribile, la questione di legittimità costituzionale che ne deriva non può ritenersi inammissibile. Al contrario, laddove l'univoco tenore letterale della disposizione precluda un'interpretazione conforme, s'impone il sindacato di legittimità costituzionale (da ultimo, *ex multis*, sentenze n. 83 e n. 82 del 2017, n. 241 e n. 219 del 2016)”.

Il reiterato richiamo giurisprudenziale al rispetto del limite testuale non impone di privilegiare in ogni caso l'interpretazione letterale.

Un'interpretazione conforme a Costituzione diversa da quest'ultima è infatti possibile non solo nei casi di irreperibilità di un'interpretazione letterale univoca; ma anche quando,

⁹⁵ Corte cost., sent. (interpretativa di rigetto) n. 198/2003, che cita e richiama le sent. n. 316 del 2001 e n. 113 del 2000, nonché, in senso analogo, ord. n. 277 del 2000; il corsivo è aggiunto nel passaggio citato. La formula è stata ripresa ancora da ultimo in due sentenze interpretative di rigetto: la n. 206 del 2015 e, in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento, la n. 65 del 2022, nella quale si legge: “Si deve, allora, concludere che la questione non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, avendo questa Corte più volte sottolineato che l'incertezza interpretativa e il dubbio di legittimità costituzionale si dileguano «una volta che si sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni *astrattamente possibili*, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione» (sentenza n. 206 del 2015, nonché negli stessi termini, sentenze n. 198 del 2003, n. 316 del 2001 e n. 113 del 2000)”. Riporta l'interpretazione conforme alla gerarchia delle fonti anche R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015.

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 219/2008, richiamata nelle successive sent. n. 26/2010 e 110/2012; nella sent. n. 91/2013 si ribadisce che “propriamente «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» [*ex plurimis*, sentenza n. 78 del 2012]”; in senso analogo, sent. n. 232/2013.

Un momento di saldatura tra il vecchio indirizzo – comunque costante nel rimarcare il limite testuale – e il nuovo orientamento diretto a confermare la necessità di interpretazione conforme a Costituzione, ma non “a tutti i costi”, si può ravvisare nella sentenza della Corte costituzionale n. 36/2016, sulla ragionevole durata del procedimento *ex lege* “Pinto” (n. 89/2001), volto all'equa riparazione del danno da ritardo, nella quale (al punto 4) si chiarisce quanto segue: “L'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008). L'interpretazione secondo Costituzione è *doverosa* ed ha un'*indubbia priorità* su ogni altra (sentenza n. 49 del 2015), *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 ad investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale”.

secondo una giurisprudenza che può ritenersi ancora attuale, *una* esegesi letterale vi sia, ma risulti in “sicuro conflitto” con i valori costituzionali e il tenore letterale della disposizione non osti ad un’interpretazione ulteriore, costituzionalmente conforme⁹⁷.

Ancora di recente, la Corte costituzionale, prospettando un’interpretazione conforme a Costituzione a partire dalla ricostruzione della *ratio legis* della disposizione impugnata, ha avuto modo di ribadire che l’interpretazione letterale, in quel caso censurata dal giudice rimettente, “è solo il primo momento dell’attività interpretativa, che si completa con la ricerca e la verifica delle ragioni e dello scopo per cui la disposizione è stata posta (art. 12, primo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile)”⁹⁸.

Si tratta di un passaggio significativo, soprattutto là dove ripropone il criterio interpretativo rinviante alla (peraltro inafferrabile) intenzione del legislatore, la quale, pur intesa in senso non psicologico (quindi a prescindere dai lavori preparatori, raramente decisivi), invita il giudice a cercare una *ratio* desumibile dal quadro legislativo e quindi ad operare nell’osservanza del principio di soggezione alla legge (salva ovviamente la prospettazione di un dubbio di costituzionalità) e – in chiave anti-ermeneutica – nel rispetto dell’eteronomia della regola di giudizio, che ne costituisce un fondamentale corollario⁹⁹.

Si tratta di un passaggio che fa riferimento ad un’interpretazione letterale contraria a Costituzione, giacché, di fronte ad un’interpretazione letterale costituzionalmente compatibile non vi sarebbe ragione di interrogarsi sulla necessità di una “seconda” interpretazione conforme. A questo riguardo, si è osservato che “se l’argomento letteralistico (i.e. l’appello alla semantica e alla sintassi della lingua) produce di per sé una norma conforme a costituzione, non vi è alcuna necessità di ricorrere all’ulteriore argomento della conformità a costituzione”¹⁰⁰, se non nella prospettiva – come si è detto, problematica – dell’interpretazione vocata all’attuazione massima di singoli valori costituzionali o, in prospettiva “sistemica e non frazionata”, alla massima espansione delle tutele attraverso bilanciamenti operati nella sede giurisdizionale comune, anziché in quella del giudizio costituzionale¹⁰¹.

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 198/2003.

⁹⁸ Corte cost., sent. n. 16 del 2018.

⁹⁹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 429, ribadendo la centralità del connotato di eteronomia proprio dell’attività giurisdizionale, ha di recente scritto che “Mai, in particolare, il giudice potrà osare presentare la propria attività come *Rechtsgebung* anziché *Rechtsfindung*, sicché le sue proposizioni dovranno essere strutturate come fondate sull’intermediazione del “voluto” di un’autorità esterna, che in genere è quella del legislatore”.

¹⁰⁰ M.V. BALLESTRERO, R. GUASTINI, *La Corte costituzionale e la rappresentatività sindacale. Due approcci analitici*, cit., 103 ss.

¹⁰¹ In tema di rapporti tra garanzia costituzionale e tutela convenzionale, cfr. Corte cost., sent. n. 317/2009, nella quale si legge: “Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell’art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea. Il risultato complessivo dell’integrazione delle garanzie dell’ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall’incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”. Cfr. anche le sentenze n. 264/2012 e 145/2022; nella sent. n. 46/2021 si legge che “questa Corte, a differenza di quella di Strasburgo, è chiamata a svolgere una valutazione «sistemica e non frazionata» dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario

Un settore interessato da non episodiche forzature del limite testuale è quello dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione. Come poco oltre si vedrà, ancora di recente, le Sezioni Unite civili della Cassazione hanno preferito un'interpretazione orientata al parametro sovranazionale fortemente innovativa alla prospettazione in via incidentale di una questione di legittimità costituzionale¹⁰².

6. Interpretazione conforme a Costituzione e disapplicazione.

In ordine alla discussione sulla presenza, sovente evocata, di “elementi di sindacato diffuso”, o “di diffusione”, nella nostra prassi giurisprudenziale, quanto precede suggerisce alcune considerazioni.

Poiché ogni operazione interpretativa banalmente implica la non applicazione nel caso singolo di tutti i significati alternativi o comunque diversi da quello attribuito alla disposizione, di slittamento verso forme di sindacato diffuso si potrebbe forse utilmente ragionare tutt'al più nelle ipotesi di superamento del limite testuale, pur nell'evidente difficoltà di individuare tale limite, a sua volta in buona misura frutto di scelte dell'interprete.

In tali casi, l'interprete non solo “cancella” tutti i significati possibili, o plausibili, dell'enunciato legislativo, precludendone ogni applicazione, ma, come è stato detto, ne desume una norma apocrifia, non sensatamente ascrivibile al testo dello stesso e quindi elaborata *ex novo*, in piena autonomia, dall'organo giurisdizionale¹⁰³.

D'altro canto, come si è visto, la Corte ha in più occasioni avuto modo di affermare che la compatibilità testuale “segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale”¹⁰⁴.

Volendo richiamare un esempio discusso di recente, si può ricordare l'interpretazione pretoria dell'art. 56, c. 2, del codice del processo amministrativo, che disciplina le misure cautelari monocratiche prevedendo che il Presidente adotta un “decreto motivato non

bilanciamento in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 170 e n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012)”.

In tema di rapporti tra garanzia costituzionale e CDFUE, cfr. Corte cost., sent. n. 54/2022: “In un quadro che vede interagire molteplici fonti, è affidato a questa Corte il compito di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie”. Cfr. anche Corte cost., sent. n. 13 del 2022, nella quale si afferma che “è possibile colmare, ove sussistente, un eventuale scarto di tutele, quando quelle assicurate dal diritto europeo risultino più estese di quelle dell'ordinamento nazionale”.

¹⁰² *Infra*, par. 7.

¹⁰³ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 219/2008. Per ulteriori riferimenti, *supra*, nota 39.

Un momento di saldatura tra il vecchio indirizzo – comunque costante nel rimarcare il limite testuale – e il nuovo orientamento diretto a confermare la necessità di interpretazione conforme a Costituzione, ma non “a tutti i costi”, si può ravvisare nella sentenza della Corte costituzionale n. 36/2016, sulla ragionevole durata del procedimento *ex lege* Pinto (n. 89/2001), volto all'equa riparazione del danno da ritardo, nella quale (al punto 4) si chiarisce quanto segue: “L'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008). L'interpretazione secondo Costituzione è *doverosa* ed ha un'*indubbia priorità* su ogni altra (sentenza n. 49 del 2015), *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 ad investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale”.

impugnabile”¹⁰⁵. La giurisprudenza aveva non episodicamente accreditato una lettura della disposizione, orientata agli articoli 24 Cost., 6 e 13 CEDU, per ammettere – in casi di urgenza o di abnormità della misura, in nome dell’indefettibilità della tutela cautelare in ogni fase e grado del processo – l’appellabilità del decreto, almeno fino alla pronuncia dei decreti presidenziali più recenti¹⁰⁶.

Nella motivazione di questi ultimi, l’interpretazione incompatibile con la lettera dell’articolo 56, c. 2, c.p.a. è stata disattesa in ossequio al principio di soggezione del giudice alla legge, senza peraltro dubitare della legittimità costituzionale della disposizione processuale citata¹⁰⁷.

Se la violazione del limite testuale configuri una forma di sindacato di costituzionalità diffuso è, tutto sommato, questione di ordine definitorio. Sul piano comparatistico appare sconsigliabile una siffatta chiave di lettura, se non altro in considerazione del fatto che, anche nell’esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti – quindi nell’ambito di un sistema (che rimane di) di *judicial review* – il limite testuale è considerato invalicabile e l’interpretazione conforme serve per evitare l’accertamento dell’incostituzionalità della legge e la sua disapplicazione (*constitutional avoidance*). Più che esercizio di sindacato diffuso, quindi, l’interpretazione conforme, anche negli Stati Uniti, costituisce una tecnica interpretativa per evitarlo¹⁰⁸.

Né, tanto meno, l’interpretazione che forzi il limite testuale può essere sensatamente accostata al sindacato diffuso, trattandosi piuttosto di violazione di legge deducibile come motivo di ricorso in cassazione¹⁰⁹.

7. L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Un esempio recente.

La coesistenza di sistemi di tutela di matrice diversa – nazionale e sovranazionale – rende sempre più articolati i percorsi del diritto giurisprudenziale orientati all’erosione degli spazi di intervento del giudice costituzionale, anche per il tramite dell’interpretazione conforme al parametro europeo.

¹⁰⁵ In argomento E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Napoli, 2021, p. 207 ss.

¹⁰⁶ Decreto del Presidente della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, 18 febbraio 2022, n. 798, e del Presidente della Quarta Sezione, 28 aprile 2022, n. 1962.

¹⁰⁷ Sull’appellabilità del decreto cautelare monocratico è poi intervenuto il Consiglio di Stato, Sez. IV, con decreto 29 aprile 2022, n. 1962, con il quale, richiamate le conclusioni del [dec. sez. V, 18 febbraio 2022, n. 798](#), e ricordato il decreto l’art. 101, secondo comma, della Costituzione – ai sensi del quale “*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*” – ha affermato la prevalenza della piena soggezione a essa, per insuperabile disposto costituzionale vieppiù *al cospetto d’una preclara formulazione testuale* della normativa applicabile, rispetto a ogni altra opzione esegetica da chiunque espressa – salvo che dalla Corte costituzionale a mezzo di sentenza di accoglimento (pur se manipolativa, ma comunque purché non reiettiva), essa costituendo l’unico strumento interpretativo idoneo, nel vigente ordinamento giuridico, a modificare il diritto oggettivo nazionale – e pur se richiamata da una legge sull’interpretazione delle altre leggi (la quale, per il principio di gerarchia delle fonti, giammai potrebbe assolvere il giudice dall’obbligo di sottostare al principio della sua diretta soggezione solo alla legge che è chiamato ad applicare; e perciò non anche alla legge per come vincolativamente interpretata da altri, ove ciò non sia normativamente idoneo a provocare una conforme definitiva modificazione del diritto oggettivo statale).

¹⁰⁸ Su questo aspetto si rinvia a G. PARODI, *L’interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Numero speciale*, 2019, p. 611 ss.

¹⁰⁹ In questo senso, M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l’interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE, *Dove va il sistema accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli, 2013, p. 8.

Da ultimo, una forzatura del limite testuale in sede di interpretazione conforme al diritto dell'Unione è stata imputata alla sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, n. 9479 del 2023.

In tale occasione, il giudice della nomofilachia ha ritenuto di fare da sé, senza rimettere al giudice costituzionale il compito, ancora di recente riaffermato con riguardo ai casi di contrarietà al diritto dell'Unione privo di effetto diretto, di “valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario”¹¹⁰.

La citata sentenza delle Sezioni Unite, che in dottrina, a prima lettura, non si è esitato ad accostare alla scuola del diritto libero¹¹¹, enuncia articolatissimi principi di diritto nell'interesse della legge, a norma degli articoli 363, terzo comma, e 363-*bis*, c.p.c., orientati ad una profonda rivisitazione pretoria delle fasi monitoria, esecutiva e di cognizione concernenti il decreto ingiuntivo non opposto, passato in giudicato, emanato in violazione della tutela dalle clausole abusive accordata ai consumatori dalla direttiva del 1993¹¹².

La pronuncia delle Sezioni Unite dichiara di combinare, ai fini dell'adeguamento dell'ordinamento interno alla giurisprudenza sovranazionale, lo strumento dell'interpretazione conforme con quello della disapplicazione, ove possibile, senza peraltro rendere esplicito in motivazione il ricorso all'una o all'altra tecnica di composizione o risoluzione delle antinomie (salvo che per un profilo, cui si accennerà poco oltre).

¹¹⁰ Corte cost., sent. n. 263 del 2022, che ripropone l'impostazione consolidata in tema di contrarietà della disciplina interna al diritto dell'Unione privo di diretta efficacia nei termini seguenti: “In virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., questa Corte è ... garante del rispetto di tali vincoli e, pertanto, deve dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che contrasta con il contenuto di una direttiva, come interpretata dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, con una sentenza dotata di efficacia retroattiva. «[I]n caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta [...] e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa» – si legge in una fra le tante analoghe pronunce di questa Corte – «il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)» (ordinanza n. 207 del 2013; negli stessi termini sentenza n. 269 del 2017)”. Su questa importante pronuncia, che dà séguito alla sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2019, in causa C-383/18, *Lexitor*, cfr. F. PEDRINI, *Il credito ai consumatori tra ordinamento europeo, legge e Costituzione*, in *Giur. cost.*, n. 6/2022, p. 2893 ss.; F. SAITTO, *La Corte costituzionale come garante dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea alla luce della vicenda Lexitor*, in *Giur. cost.*, n. 6/2022, p. 2903 ss.; A. CAPIZZI, *La Corte costituzionale e la vicenda “Lexitor”: una decisione a favore dell'integrazione europea?*, in *Giur. cost.*, n. 6/2022, p. 2915 ss.

¹¹¹ Afferma B. CAPPONI, *Prmissime considerazioni su SS. UU 6 aprile 2023 n. 9479*, in www.giustiziainsieme.it, 19 aprile 2023: “la Cassazione ha colto una ghiotta (dal suo punto di vista) occasione per annunciare al mondo dei giuristi quali traguardi futuri intende prefiggersi: la creazione di un diritto “libero” in cui gli istituti disegnati dai codici possono tradursi, al più, in fonte di ispirazione per adattamenti e manipolazioni ormai del tutto svincolati dal dato normativo e dalle concezioni sinora ricevute anche del rapporto tra cognizione ed esecuzione. La funzione interpretativa delle leggi viene surclassata dalla funzione di pura creazione di regole nuove, che confliggono con l'esistente giustificandosi con esigenze di tutela ‘speciale’. Un potere di simile estensione non è mai stato riconosciuto neppure alla Corte costituzionale, che pure è il ‘giudice delle leggi’”.

¹¹² Il caso riguarda la contrarietà agli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, della disciplina processuale interna apparentemente preclusiva, in sede di esecuzione immobiliare successiva al passaggio in giudicato di un decreto ingiuntivo non opposto, della rilevabilità d'ufficio, da parte del giudice dell'esecuzione, della nullità di una clausola vessatoria (unitamente all'accertamento della qualità di consumatore della parte soccombente nella fase monitoria, per la quale le SS.UU., a sua tutela, prevedono del pari poteri officiosi del giudice, e all'estensione dei motivi di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo oltre le ipotesi espressamente previste dall'art. 650 c.p.c.).

L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione sembra prevalere nel percorso argomentativo, ma viene spinta dalle Sezioni Unite al suo limite estremo, previa rivendicazione del ruolo di giudice comune europeo proprio delle giurisdizioni nazionali, guidate dalle pronunce della Corte di giustizia¹¹³, alla quale la stessa Corte costituzionale riconosce la funzione di “interprete qualificato del diritto dell'Unione europea”¹¹⁴.

Significativi, a tale riguardo, i richiami alla giurisprudenza sovranazionale, recepita nella sua massima forza espansiva in funzione del “compito, cruciale, affidato al giudice nazionale/giudice comune europeo, che, in siffatta opera di coordinamento ed integrazione attraverso gli strumenti (ormai istituzionali) dell'interpretazione conforme (...) e, se del caso (...), della disapplicazione, dà, infine, concretezza al principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 TUE, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad assicurare la conformità dell'ordinamento interno al diritto dell'Unione”.

Nel caso in esame, le Sezioni Unite non prendono esplicita posizione in ordine al riconoscimento di effetto diretto alla direttiva – in particolare agli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1 – comunque escluso nelle controversie orizzontali; né, salvo che per un profilo attinente all'opposizione tardiva¹¹⁵, prospettano espressamente esiti di non applicazione della disciplina processuale interna, per il resto risultando preclusa una disapplicazione delle disposizioni contrarie alla direttiva di tipo compiutamente “sostitutivo”, se non altro in considerazione dell'autonomia dello Stato membro nel dare séguito alle sentenze della Corte di giustizia in materia processuale¹¹⁶.

¹¹³ Si tratta in particolare di quattro coeve pronunce interpretative della CGUE, Grande Sezione, 17 maggio 2022, sentenza in C-600/19, *Ibercaja Banco*; sentenza in cause riunite C-693/19, *SPV Project 1503*, e C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza*; sentenza in C-725/19, *Impuls Leasing Romania*; sentenza in C-869/19, *Unicaja Banco*, sulle quali cfr. C. Rasia, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, n. 1/2023, p. 63 ss. Mette conto riportare il dispositivo della sentenza relativa alle cause riunite C-693/19, *SPV Project 1503*, e C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza*, pronunciata su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano: “L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come «consumatore» ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo”.

Per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza europea cfr. la Comunicazione della Commissione, Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (Testo rilevante ai fini del SEE) (2019/C 323/04).

¹¹⁴ Corte cost., sent. n. 263/2022, punto 11.1. In termini più radicali, nella sentenza delle Sezioni Unite civili n. 9479/2023, si ragiona, a p. 14, del “ruolo di fonte del diritto” e di “funzione nomogenetica” della Corte di giustizia.

¹¹⁵ Si tratta della disapplicazione del termine di cui all'art. 650, u.c., c.p.c.

¹¹⁶ Nella citata sentenza della CGUE, Grande Sezione, 17 maggio 2022, in cause riunite C-693/19, *SPV Project 1503*, e C-831/19, *Banco di Desio*, dopo il rinvio, al punto 55, all'autonomia processuale degli Stati membri, si precisa, al punto 58, che “La Corte ha altresì riconosciuto che la tutela del consumatore non è assoluta. In particolare, essa ha ritenuto che il diritto dell'Unione non imponga a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13 (v., in particolare, sentenze del 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punto 37, e del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 68), fatto salvo tuttavia, conformemente alla giurisprudenza richiamata al punto 55 della presente sentenza, il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività”.

D'altro canto, nulla viene esplicitato in termini di disapplicazione ostativa, o “per esclusione” – profilo, come noto, estremamente controverso¹¹⁷ – e conseguente formulazione di principi di diritto in funzione non già interpretativa ma di integrazione e ricomposizione (accentuatamente innovativa) dell'ordinamento a séguito di non applicazione del diritto interno contrario¹¹⁸.

L'intervento del giudice di legittimità sembra pertanto presentarsi, in modo prevalente, quale interpretazione delle disposizioni del codice di rito conforme al diritto dell'Unione, come interpretato dalla giurisprudenza sovranazionale¹¹⁹, con effetto di esclusione dell'incidente di costituzionalità diretto a “valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario”¹²⁰, ammesso anche su iniziativa della Corte di cassazione in sede di enunciazione di un principio di diritto nell'interesse della legge a norma dell'articolo 363 c.p.c.¹²¹.

¹¹⁷ Sulla discussione relativa alla contrapposizione, nel quadro della dottrina dell'effetto diretto, tra disapplicazione in chiave sostitutiva e disapplicazione in funzione ostativa, oppositiva, o di esclusione, cfr. L. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in www.giustiziainsieme.it, 2021; D. Gallo, *L'evoluzione dell'effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l'immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Atti del XXIV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, Roma, 5-6 giugno 2019, Napoli, 2020, p. 131 ss.

¹¹⁸ Anche se alcuni passaggi della sentenza delle SS.UU. sembrano, almeno implicitamente, *a contrario*, non escludere esiti di disapplicazione. Ad esempio laddove la Corte, al punto 5, afferma che il principio di autonomia procedurale “sta a significare che le categorie e gli istituti di diritto processuale interno potranno mantenere intatto il proprio fisiologico spazio applicativo là dove sia possibile rinvenire nel sistema, e fintanto che lo sia, l'apparato di tutela giurisdizionale che garantisca appieno l'effettività del diritto eurounitario, per come interpretato dalla CGUE nel suo ruolo di fonte del diritto e, dunque, nell'esercizio della sua funzione nomogenetica”. V. anche il punto 5.1.

¹¹⁹ Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, sent. n. 9479/2023, al par. 8.3 ragiona espressamente di “adeguamenti del diritto processuale interno, che si rendono possibili attraverso gli strumenti, in precedenza richiamati (cfr. § 5), dell'interpretazione conforme e della disapplicazione”.

¹²⁰ Corte cost., sent. n. 263 del 2022, e giurisprudenza ivi richiamata.

¹²¹ Corte cost., sent. n. 119/2015.

La questione di legittimità costituzionale: un aggiornato decalogo pratico per il rimettente*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le difficoltà ricostruttive e la peculiare natura del diritto processuale costituzionale. – 3. I “presupposti” per la rimessione di una questione di legittimità costituzionale. – 4. La forza di legge della disposizione censurata, la natura costituzionale del parametro e le c.d. fonti interposte. – 5. I “requisiti” della questione di legittimità costituzionale. – 5.1. La rilevanza tra incertezze definitorie e oneri motivazionali. – 5.2. La “non manifesta infondatezza” e la formulazione del *petitum*. – 5.3. L’esperimento di un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

La formulazione di un “decalogo pratico per il rimettente” non è un’operazione semplice per una serie di ragioni. Innanzitutto, perché si scontra con l’inevitabile “mobilità” della giurisprudenza e di quella costituzionale in particolare, che difficilmente può essere contenuta entro schemi rigidi. Anche il riferimento a quelli che talora la stessa Corte costituzionale definisce come “orientamenti giurisprudenziali consolidati” offre, alla prova dei fatti, meno certezze di quanto si possa supporre¹²². Di conseguenza, qualora si riuscisse a fissare davvero un “decalogo”, esso dovrebbe essere costantemente aggiornato e rivisto, tentando di cogliere, tra le righe delle pronunzie, eventuali aperture, precisazioni o semplicemente *obiter dicta* tali da poter fondare, successivamente, un mutamento di giurisprudenza¹²³.

Questa naturale “mobilità” della giurisprudenza è poi particolarmente accentuata nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, nel quale il carattere concreto del sindacato di costituzionalità finisce talvolta con il condizionarne gli esiti, essendo la Corte chiamata a confrontarsi con la varietà, da una parte, e con la crudezza e la drammaticità, dall’altra, dei casi concreti¹²⁴.

Come se ciò non bastasse, sullo sfondo si agita un’ulteriore questione che contribuisce a complicare l’opera di chi voglia mettere mano alla redazione di un “decalogo pratico”. Si allude alla peculiare genesi e all’altrettanto peculiare natura del diritto processuale costituzionale, contenuto sì in alcuni testi normativi di rango costituzionale e ordinario, oltre che nelle norme autoprodotte dalla stessa Corte, ma prevalentemente di matrice giurisprudenziale o pretoria, che dir si voglia.

* La presente relazione è aggiornata alla data 31 Maggio 2022

¹²² Da ultimo si veda C. PINELLI, *Ma cosa ha detto “un’ormai copiosa giurisprudenza costituzionale”? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Giur. cost.*, 3/2022, 1574 ss. Sull’utilizzo talvolta “retorico” dei precedenti si v. A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996, passim.

¹²³ Non a caso un testo di riferimento per monitorare le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale è costituito dagli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, pubblicato con cadenza triennale, la cui prima edizione risale agli anni 1990-1992, (pubblicato nel 1993) e la cui ultima edizione è relativa al periodo 2017-2019 (pubblicato nel 2020).

¹²⁴ Cfr., tra i tanti, M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, vol. V, pp. 27 ss. Sulla drammaticità delle scelte cui sono chiamate le Corti Supreme si rinvia a G. CALABRESI, *P. BOBBITT, Scelte tragiche* (1978), a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, II ed. it., Giuffrè, Milano, 2006.

L'anzidetta caratteristica del diritto processuale costituzionale deve essere adeguatamente tenuta in considerazione, perché altrimenti si rischia di avere un quadro incompleto. Per questa ragione pare utile svolgere al riguardo alcune specifiche considerazioni.

2. Le difficoltà ricostruttive e la peculiare natura del diritto processuale costituzionale.

In proposito, deve preliminarmente essere sottolineata l'assenza nella Costituzione di qualsiasi riferimento a quello che oggi è individuato come il giudizio in via incidentale, vale a dire a quella modalità di "rimessione" alla Corte di una questione di legittimità costituzionale che muove da un giudizio "comune". Infatti, mentre il c.d. giudizio in via principale o d'azione trovò – almeno limitatamente all'impugnativa statale di leggi, o più correttamente di delibere legislative, regionali¹²⁵ – una sua disciplina già nel testo originario dell'art. 127 Cost. (poi riformulato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), non altrettanto avvenne per l'ulteriore modalità di rimessione della questione di legittimità costituzionale. In proposito, nessuna delle varie proposte esaminate (tratte, per lo più, dai modelli di giustizia costituzionale operanti in altri Paesi) riuscì a trovare in Assemblea costituente quell'ampio consenso tale da consentirne l'inserimento nella Carta costituzionale. Pertanto, in considerazione dell'approssimarsi della data prevista per la conclusione dei propri lavori, l'Assemblea Costituente approvò un emendamento (presentato dall'on. Arata) con il quale si decise di rinviare ad una futura legge costituzionale l'individuazione «[del]le condizioni, [del]le forme, [de]i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale», oltre che delle «garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte» (art. 137, primo comma, Cost.), e, di riflesso, a una futura legge ordinaria l'approvazione «[del]le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte» (art. 137, secondo comma, Cost.).

A dire il vero, non fu necessario attendere molto; tant'è che già nel giro di un mese dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana fu approvata la legge cost. n. 1 del 1948, che nel suo art. 1 traccia le condizioni essenziali per la rimessione della questione di legittimità costituzionale. Occorrerà poi attendere ulteriori cinque anni per assistere all'approvazione della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 e soprattutto della legge 11 marzo 1953, n. 87, che costituisce a tutt'oggi la fonte principale di rango legislativo sul processo costituzionale¹²⁶.

A sua volta, l'art. 22 della legge n. 87 del 1953 reca una formula di chiusura, rinviando – «in quanto applicabili» – alle «norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale» (primo comma); si tratta di un rinvio volto a colmare eventuali lacune delle regole del processo costituzionale, da intendersi – in quanto «rinvio dinamico» – riferito oggi al codice del processo amministrativo, approvato dall'art. 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (in questo senso, ordinanza n. 225 del 2017 e sentenze n. 144 del 2015, n. 222 del 2013 e n. 161 del 2012 della Corte costituzionale).

L'art. 22 della legge n. 87 del 1953 merita però di essere segnalato in questa sede soprattutto per la previsione recata dal secondo comma, in base al quale «Norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento». Non è questa la sede per ricostruire le vicende relative all'attuazione di questa disposizione; è sufficiente solo evidenziare che la

¹²⁵ Solo qualche mese dopo l'entrata in vigore della Costituzione sarà invece disciplinata l'impugnativa di leggi statali da parte di una Regione e quella di leggi regionali da parte di un'altra Regione (art. 2 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1).

¹²⁶ Non è un caso che a questa legge siano stati dedicati vari incontri di studi in occasione del settantesimo anniversario della sua approvazione ed entrata in vigore; tra gli altri, il Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su «I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale», Como, 26-27 maggio 2023, i cui atti sono pubblicati nel volume omonimo, a cura di G. Grasso e A. Stevanato, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024. Alla legge n. 87 del 1953 è dedicato anche il volume "1953. Entra la Corte", a cura della Fondazione italiadecide, Roma 2023, che contiene un significativo stralcio dei lavori preparatori della legge in oggetto, tra cui la relazione dell'on. Alfonso Tesauro (pp. 73 ss.). Sui lavori preparatori della legge n. 87 del 1953 resta fondamentale la ricostruzione operata in M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1964, spec. pp. 296 ss.

Corte, nell'esercizio dei suoi poteri di auto-normazione, ha approvato le Norme integrative separatamente e addirittura prima del regolamento generale. Le prime risalgono infatti al 1956, mentre il secondo al 1966.

Le Norme integrative hanno quindi assunto, di fatto, il ruolo di fonte principale di attuazione della legge n. 87 del 1953. Non a caso, nei loro confronti si sono rivolte le esigenze di adeguamento di talune regole processuali che hanno indotto la Corte a due riscritture generali: la prima nel 2008; la seconda nel 2021, con la quale è stato disciplinato il processo costituzionale telematico¹²⁷; si sono avuti inoltre vari interventi di modifica, tra cui quello particolarmente significativo del 2020¹²⁸, sul testo del 2008, e da ultimo quello del 2022¹²⁹ sul testo del 2021.

Da quanto appena detto emerge chiaramente che, se oggi si volesse individuare una sorta di “codice del processo costituzionale”, esso andrebbe identificato, oltre che in alcune leggi costituzionali e ordinarie, soprattutto in quel *corpus* normativo approvato dalla Corte¹³⁰, che, per quanto possa apparire singolare, in qualche punto si pone in contrasto con le prescrizioni della stessa legge n. 87 del 1953¹³¹.

A ciò si aggiunga poi la vaghezza delle previsioni normative recanti l'indicazione dei presupposti (l'esistenza di un giudice e/o di un giudizio) e dei requisiti (rilevanza e non manifesta infondatezza) in presenza dei quali può essere sollevata una questione di legittimità costituzionale. Quest'ultima considerazione ha di fatto obbligato la Corte a meglio definire sia gli uni (i presupposti) sia gli altri (i requisiti), finendo così per implementare ulteriormente – questa volta per il tramite delle sue pronunce – il “codice del processo costituzionale”¹³².

L'estrema “malleabilità” di queste regole processuali e la peculiare composizione della Corte costituzionale hanno poi favorito l'influenza della dottrina sulla definizione delle prime, in misura sicuramente maggiore rispetto a quanto avvenuto per le altre scienze processualistiche¹³³. Infatti, le critiche e i suggerimenti della dottrina hanno spesso fatto breccia nella giurisprudenza costituzionale sia per gli ampi margini di interpretazione di talune formule legislative sia per la possibilità della dottrina di contribuire a conformare la

¹²⁷ Sul nuovo testo delle Norme integrative, quale risultante a seguito della delibera 22 luglio 2021, sia consentito rinviare a G. D'AMICO, Il processo costituzionale telematico tra le peculiarità del giudizio di costituzionalità e l'esigenza di assicurare l'interoperabilità dei dati, in *Studium Iuris*, 6/2022, pp. 666 ss.

¹²⁸ Si tratta delle modifiche introdotte con la delibera 8 gennaio 2020, consistite, tra l'altro, nell'introduzione dell'istituto dell'*Amicus curiae*.

¹²⁹ Anche su quest'ultima modifica sia consentito rinviare a G. D'AMICO, Una nuova (e più utile) dinamica per le udienze davanti alla Corte costituzionale, in *Quaderni costituzionali*, 3/2022, pp. 604 ss.

¹³⁰ Cfr. P. CARNEVALE, «Ecce iudex in ca(u)sa propria»: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario), ed A. SPADARO, Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interna della Corte costituzionale, entrambi pubblicati in AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Imperia, 12-13 maggio 1995, a cura di P. Costanzo, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 35 ss. e 69 ss.

¹³¹ Un caso emblematico è quello del contrasto tra quanto previsto dall'art. 3 delle norme integrative, che consente la costituzione delle parti in giudizio «nel termine perentorio di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza [di rimessione] nella Gazzetta Ufficiale», e quanto stabilito dall'art. 25 della legge n. 87 del 1953, secondo cui «Entro venti giorni dall'avvenuta notificazione della ordinanza, ai sensi dell'art. 23, le parti possono esaminare gli atti depositati nella Cancelleria e presentare le loro deduzioni». In tutta evidenza, il termine previsto dall'art. 3 delle Norme integrative è successivo a quello di cui al citato art. 25, risultando quindi “più favorevole” per le parti; sulla base di questa considerazione, la Cancelleria della Corte richiede, per prassi, il rispetto del termine “più lungo”, piuttosto che di quello stabilito dalla legge n. 87 del 1953.

¹³² In particolare, sulla tendenza della Corte a «bilanciare» anche le regole inerenti ai suoi stessi processi si rinvia ad A. MORELLI, Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nelle dinamiche dell'ordinamento democratico, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Esi, Napoli, 2006, pp. 401 ss.

¹³³ Si pensi a questo proposito all'influenza dell'opera di Giuseppe Chiovenda sulle scelte legislative in tema di processo civile (ricostruita, tra i tanti, da G. TARALLO, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, il Mulino, Bologna, 1989, spec. pp. 109 ss.).

giurisprudenza nel caso di elezione o di nomina come giudice costituzionale di autorevoli esponenti della scienza giuridica.

Numerosi sono gli esempi che potrebbero farsi a proposito di alcuni significativi mutamenti giurisprudenziali determinati dall'influenza delle tesi dottrinali maggioritarie; si pensi, per tutti, ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, prima, e dell'Unione europea, poi, sotto vari profili (ad esempio, in tema di disapplicazione delle norme interne, di rinvio pregiudiziale, di controlimiti), a quelli tra diritto interno e CEDU, ma anche a questioni di (apparente) minore rilevanza, ad esempio, sull'interpretazione delle "etichette" utilizzate per definire le materie/non materie o materie trasversali nel diritto regionale.

Restando all'ambito strettamente processuale, talune "correzioni" operate dalla Corte nell'esercizio dei suoi poteri di auto-normazione sono chiaramente riconducibili a suggerimenti dottrinali; si pensi alla recente introduzione della figura degli *Amici curiae* e, prima ancora, ad altre modifiche di minore rilievo¹³⁴.

Dunque, chi oggi si proponesse di studiare il diritto processuale costituzionale seguendo l'approccio metodologico normalmente seguito per le altre scienze processualistiche finirebbe con l'avere una visione solo parziale delle regole che governano il processo – anzi, i processi¹³⁵ – dinanzi alla Corte costituzionale. L'odierno diritto processuale costituzionale si presenta, infatti, come il prodotto della combinazione di contributi provenienti da soggetti diversi.

3. I "presupposti" per la rimessione di una questione di legittimità costituzionale.

Sulla scorta delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, si può ora tentare di individuare gli approdi più recenti della giurisprudenza costituzionale sia quanto ai "presupposti" sia quanto ai "requisiti" della questione di legittimità costituzionale. A tal fine, occorre precisare che con il termine "presupposti" si allude all'esistenza di un giudizio e/o di un giudice, come delineata dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953 e ancora prima – sia pure in forma più involuta – dall'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948¹³⁶. È noto, infatti, che il citato art. 23 individua, già nel suo *incipit*, il "contesto" o – per l'appunto – i presupposti affinché «una delle parti o il Pubblico ministero» possano proporre apposita istanza per chiedere la rimessione della questione¹³⁷. Le condizioni anzidette sono individuate in un elemento "oggettivo" (l'esistenza di «un giudizio») e in uno "soggettivo" (la presenza di «un'autorità giurisdizionale»).

Non è questa la sede per dare conto delle oscillazioni giurisprudenziali registratesi in merito all'interpretazione di queste formule¹³⁸; pare invece utile soffermarsi sulle più recenti tendenze della giurisprudenza della Corte. A tal fine, interessanti indicazioni si traggono dalla lettura della sentenza n. 13 del 2019, nella quale la Corte era chiamata a decidere su alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

¹³⁴ Si pensi, ad esempio, alla modifica dell'art. 27 del testo originario delle Norme integrative, operata nel 2004 e consistita nell'aggiunta della previsione per cui, nel conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni, «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».

¹³⁵ ... stante la varietà e la significativa differenza dei vari giudizi che si svolgono dinanzi alla Corte costituzionale.

¹³⁶ La citata disposizione recita infatti: «La questione d'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione».

¹³⁷ Più precisamente, l'art. 23, primo comma, prevede che i soggetti di cui sopra possano «sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza»; si tratta, invero, di «sollevare» un'eccezione di incostituzionalità, piuttosto che la vera e propria questione, la cui rimessione alla Corte spetta all'«autorità giurisdizionale» dinanzi alla quale si sta svolgendo il giudizio.

¹³⁸ Per una ricostruzione delle quali si rinvia, tra i manuali più diffusi, ad A. RUGGERI, A. SPADARO, Lineamenti di giustizia costituzionale, VII ed., Giappichelli, Torino, 2022, pp. 241 ss.; A. CERRI, Giustizia costituzionale, Editoriale, Scientifica, 2019, pp. 101 ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, Giustizia costituzionale, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, pp. 86 ss.

Nella pronuncia in parola il Giudice delle leggi ha quindi dovuto affrontare in via preliminare la questione della legittimazione dell'Autorità a farsi giudice *a quo*. In proposito, la Corte ha innanzitutto riconosciuto che le nozioni di «giudice» e di «giudizio» sono state, nella sua stessa giurisprudenza, «intese in modo elastico e avuto riguardo alle peculiari esigenze del caso concreto, tutte le volte che il rimettente si collocava istituzionalmente negli interstizi delle categorie dell'amministrazione e della giurisdizione, ossia in quella che si è andata delineando come una “zona grigia”, alimentata dai concorrenti ed inversi fenomeni storici della “giurisdizionalizzazione” dell'amministrazione e della “amministrativizzazione” della giurisdizione; e ciò nel dichiarato obiettivo di consentire il più ampio accesso possibile alla giustizia costituzionale ed escludere l'esistenza di “zone franche” dal controllo di costituzionalità» (punto 3.1. *Cons. dir.*).

Questa linea interpretativa – per ammissione della stessa Corte nella pronuncia citata – «si coglie in quel filone giurisprudenziale che, a partire dalla sentenza n. 12 del 1971 e sino ai giorni nostri [...], utilizza le categorie del giudice e del giudizio “ai limitati fini” o “ai soli fini” della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale, così implicitamente ammettendo che esse possano differire da quelle valide ad altri, anche più generali, fini».

Sulla scorta di questa precisazione i giudici costituzionali hanno sottolineato quindi che «per aversi giudizio *a quo*, è sufficiente che sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge” da parte di soggetti, “pure estranei all'organizzazione della giurisdizione”, “posti in posizione *super partes*” (sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966)» (sentenza n. 13 del 2019, che *in parte qua* richiama la sentenza n. 376 del 2001¹³⁹).

La conclusione cui la Corte è giunta merita di essere letta: «Dalla sia pure elastica giurisprudenza di questa Corte, emerge, dunque, per quanto qui rileva, che sono stati considerati legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi non incardinati in un ordine giudiziario ma sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà. [...] Nel caso dell'Autorità rimettente tale requisito manca».

Le porte della Corte restano quindi chiuse alle questioni trasmesse dalle Autorità amministrative indipendenti. Diverso è invece l'orientamento rispetto a quelle sollevate dai Collegi arbitrali, in relazione alle quali alla sentenza n. 376 del 2001¹⁴⁰, sopra citata, hanno fatto seguito altre decisioni di analogo tenore e, da ultimo, la sentenza n. 210 del 2021¹⁴¹.

Oggetto di nuovi sviluppi è invece la giurisprudenza costituzionale sulla legittimazione della Corte dei conti (nell'ambito dei diversi giudizi che rientrano nella sua competenza) a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Al riguardo, merita di essere segnalata la sentenza n. 18 del 2019, nella quale venivano all'esame della Corte alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Campania, nell'esercizio delle funzioni attribuitegli dalla legge «con riguardo all'attuazione e al rispetto del piano di riequilibrio finanziario pluriennale, che costituisce il fulcro della procedura di predissesto».

¹³⁹ Con la decisione in parola la Corte ammise, per la prima volta, una questione di legittimità costituzionale sollevata da un Collegio arbitrale.

¹⁴⁰ In quell'occasione, con specifico riferimento all'arbitrato rituale, la Corte affermò che esso «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». Pertanto, «il giudizio arbitrale 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». Di qui la conclusione che «anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa».

¹⁴¹ Nella quale, significativamente, non era contestata la legittimazione dell'Arbitro unico di Roma a sollevare questioni di legittimità costituzionale, né la Corte ha ritenuto d'ufficio di dover fare cenno alcuno a siffatta questione.

I giudici costituzionali – dopo aver inquadrato tale funzione di vigilanza-ingerenza della Corte dei conti¹⁴², che presenta una cadenza semestrale, nella categoria del controllo di legittimità-regolarità (anche sulla scorta di quanto affermato nella sentenza n. 228 del 2017) – hanno ritenuto che le garanzie di indipendenza dei magistrati della Corte dei conti, la natura delle sue attribuzioni di controllo («esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato [...] preordinato a tutela del diritto oggettivo»¹⁴³) e – nel caso specifico – la peculiarità del controllo di legittimità-regolarità sui bilanci e sugli equilibri finanziari degli enti locali¹⁴⁴ siano tutti elementi idonei ad «avvicina[re] [il controllo sui bilanci] ancor più al sindacato giurisdizionale». Di qui la legittimazione della sezione regionale di controllo della Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale anche nell'esercizio di questa sua specifica competenza.

La Corte costituzionale non ha quindi definito propriamente giurisdizionale l'attività svolta dalla Corte dei conti nella sede di cui qui si discute, ma ne ha ravvisato caratteri propri dell'attività giurisdizionale, tra i quali – come si diceva prima – la definitività del controllo «che non è reversibile se non a opera della stessa magistratura dalla quale il provvedimento promana».

Siffatte considerazioni potrebbero apparire fuori dal perimetro di interesse dei magistrati ordinari, cui questa relazione si rivolge, trattandosi di un giudice speciale (la Corte dei conti) e di un'attività connotata da tratti fortemente peculiari. In realtà, se un insegnamento può trarsi dalla giurisprudenza costituzionale sul tema qui considerato come pure in altri, esso può essere rinvenuto nella estrema «portabilità» di alcuni percorsi argomentativi in ambiti differenti da quelli in cui questi ultimi sono stati originariamente elaborati. In altre parole, l'aver individuato una serie di caratteri che valgono ad «avvicinare» una data attività a quella giurisdizionale non esclude affatto che, in futuro, siffatti elementi tornino utili per ammettere o per escludere (in caso di loro assenza) la legittimazione di un giudice a sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Sempre in relazione alle diverse competenze della Corte dei conti va poi segnalata, tra le pronunce più recenti, la sentenza n. 89 del 2023. In questo caso, la sezione di controllo per la Regione Siciliana aveva sollevato alcune questioni di legittimità costituzionale nel corso del procedimento di certificazione della compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio della Regione Siciliana dei costi derivanti dall'ipotesi di contratto collettivo regionale di lavoro (CCRL), concordata tra l'Agenzia per la rappresentanza negoziale della Regione stessa (ARAN Sicilia) e le organizzazioni sindacali.

Nel giudizio in parola, la Regione aveva eccepito l'inammissibilità per difetto di legittimazione del rimettente a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale, ma la Corte ha ritenuto – dopo un'approfondita ricostruzione – priva di fondamento siffatta eccezione.

In particolare, il Giudice delle leggi ha evidenziato che, nel caso di specie, «[i]l controllo affidato [...] alla Corte dei conti in sede di certificazione investe, da un lato, l'attendibilità della quantificazione dei costi contrattuali – cioè la congruità della stima dei costi operata dall'ARAN – e, dall'altro, il riscontro della loro compatibilità con gli strumenti di

¹⁴² Nel caso di specie, la funzione di controllo esercitata dalla Corte dei conti «risponde all'esigenza di un intervento rapido e tempestivo, prima che “la deviazione dal percorso fissato” dal piano di risanamento diventi irreversibile e conduca al dissesto dell'ente. Per questo motivo, a ogni scadenza semestrale la Corte dei conti è tenuta ad assumere formale pronuncia di verifica sull'andamento del percorso di risanamento seguito dall'ente in predissesto. Quando lo scostamento non è più recuperabile, la Corte accerta la situazione di incapacità finanziaria che impone all'ente locale la dichiarazione di dissesto» (sempre sentenza n. 18 del 2019).

¹⁴³ Sul punto sono richiamate la sentenza n. 384 del 1991 e, prima ancora, la sentenza n. 226 del 1976 della stessa Corte costituzionale.

¹⁴⁴ Siffatta peculiarità è stata individuata, tra l'altro, nella considerazione che, mentre le pronunce di controllo di legittimità sugli atti possono essere disattese dal Governo (ad esempio, ricorrendo alla registrazione con riserva) e dagli stessi giudici delle altre magistrature, «l'accertamento effettuato nell'esercizio di questo sindacato di legittimità sui bilanci “fa stato” nei confronti delle parti, una volta decorsi i termini di impugnazione del provvedimento davanti alla Corte dei conti, sezioni riunite in speciale composizione» (punto 3 Cons. dir.).

programmazione e di bilancio». Il giudice contabile opera, quindi, «una valutazione di compatibilità finanziaria degli oneri contrattuali sotto il profilo della loro effettiva copertura mediante le risorse allocate negli stanziamenti delle leggi di bilancio».

Di qui la conclusione che il procedimento in parola «assume [...] una funzione di garanzia dell'ordinamento, in quanto riconducibile a un “controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato [...] preordinato a tutela del diritto oggettivo” (sentenza n. 384 del 1991)” (sentenza n. 18 del 2019), che investe la legalità finanziaria della spesa per i rinnovi contrattuali del personale pubblico». Pertanto, aggiunge la Corte costituzionale, se non fosse possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale, «paradossalmente il giudice contabile si troverebbe costretto, come giustamente rileva il rimettente, a certificare positivamente un accordo contrattuale la cui copertura finanziaria ritenesse, tuttavia, riposare su norme di dubbia legittimità costituzionale».

Torna quindi, nell'argomentazione dei giudici costituzionali, la preoccupazione di evitare zone d'ombra del sindacato di costituzionalità, che però non è mai scissa dalla verifica della sussistenza di alcuni tipici caratteri della giurisdizione. In quest'ultimo senso sembra potersi leggere l'affermazione secondo cui «[n]el corso del procedimento in esame [...] emergono profili istruttori e partecipativi, ciò che permette di affermare che non devono mancare elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio (pur non essendo questo espressamente previsto dalle suddette norme), come del resto emerge dall'interpretazione del diritto vivente della Corte dei conti».

A quanto fin qui detto si aggiunga un'ulteriore considerazione svolta dalla Corte, anche sulla scia dei precedenti sopra richiamati, attinente alla natura preclusiva dell'eventuale certificazione negativa (emessa dal giudice contabile) e quindi all'effetto inibitorio che ne consegue. In altre parole, l'aver previsto (a seguito di una modifica della normativa statale) «l'espresso effetto impeditivo alla sottoscrizione», in caso di valutazione negativa, ha conferito all'attività svolta, in questa sede, da parte del giudice contabile «i requisiti 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 [...]” [...]» (punto 4.6. *Cons. dir.*).

La Corte costituzionale ha quindi ritenuto che – essendo indiscusso il requisito soggettivo, vale a dire la natura di giudice della Corte dei conti – assuma rilievo «la circostanza che il procedimento in oggetto risulta particolarmente funzionale a “prevenire pratiche contrarie ai principi della previa copertura e dell'equilibrio di bilancio [...]” [...]». Pertanto, ha concluso la Corte, «[a]i limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione svolta dalla Corte dei conti nell'ambito del procedimento attinente alla certificazione di compatibilità dei costi dei contratti collettivi può dunque essere ricondotta a quella giurisdizionale, e quindi, in tale ambito, al giudice contabile va riconosciuta legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, in riferimento ai parametri finanziari di cui agli artt. 81, 97, primo comma, e 119, primo comma, Cost., posti a tutela degli equilibri economico-finanziari».

Si tratta, com'è evidente, di un'ulteriore significativa apertura della Corte costituzionale nei confronti del Giudice contabile, della quale la stessa Corte è consapevole, al punto da discutere di un «articolato processo di estensione della legittimazione della Corte dei conti come giudice *a quo*», sottolineando come siffatta esigenza sia «divenuta certamente più stringente a seguito del definirsi dei vincoli finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e, correlativamente, sul piano nazionale, dell'introduzione nella Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio».

Rinviano per ulteriori considerazioni a studi più approfonditi, dalle poche pronunce citate si possono dedurre alcune conclusioni. Innanzitutto, sembra evidente che la Corte richieda entrambi i presupposti: sia quello soggettivo (l'esistenza di giudice) sia quello oggettivo (la natura giurisdizionale dell'attività svolta). Rispetto a quest'ultimo presupposto, però, da quanto detto si ricava la netta sensazione che il Giudice delle leggi sacrifichi la verifica rigorosa della piena sussistenza dei caratteri della giurisdizione qualora si tratti di evitare una

zona franca o d'ombra del sindacato di costituzionalità. Di qui l'utilizzo di espressioni linguistiche (ad esempio, "si avvicina all'attività giurisdizionale") dalle quali traspare la difficoltà della Corte di qualificare come giurisdizionali talune attività. Ciò nondimeno, non manca nelle decisioni dei giudici costituzionali la preoccupazione di rinvenire, in forma più o meno sfumata, gli elementi propri della giurisdizione, tra i quali l'imparzialità del giudizio, le garanzie del contraddittorio e la definitività del provvedimento assunto. Costituisce, infine, una costante la precisazione che le qualifiche di "giudice" e di "attività giurisdizionale" sono riconosciute «ai limitati fini» della verifica della legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale e non in via assoluta.

Sempre in tema di "presupposti" per la rimessione della questione di legittimità costituzionale, deve essere, da ultimo, ricordato che la Corte ha, ormai da tempo, riconosciuto a se stessa la possibilità di essere giudice *a quo* e, in questa veste, di autorimettersi una questione di costituzionalità. Sebbene non manchino le sollecitazioni a un uso più frequente di questo potere, sia da parte dei soggetti che, di volta in volta, intervengono nel giudizio costituzionale (anche se non parti in senso stretto, come gli *Amici curiae*), sia, talvolta, da parte della dottrina, la Corte ha fin qui fatto – opportunamente a parere di chi scrive – un uso assai parco di questa possibilità. Da ultimo, si segnalano: l'ordinanza (di autorimessione) n. 94 del 2022, cui ha fatto seguito la sentenza (di accoglimento) n. 209 del 2022, in materia di esenzione dell'imposta municipale propria (IMU) per l'abitazione principale, e l'ordinanza (di autorimessione) n. 18 del 2021, cui ha fatto seguito la sentenza (di accoglimento) n. 131 del 2022, in tema di assunzione automatica del cognome paterno in caso di riconoscimento contemporaneo del figlio da parte di entrambi i genitori.

Su questo tema si segnala infine quanto precisato dalla stessa Corte nella sentenza n. 24 del 2018, con la quale ha respinto l'espressa richiesta di alcune parti di sollevare, davanti a se stessa, questioni di legittimità costituzionale: «La possibilità che questa Corte sollevi in via incidentale una questione davanti a sé si dà solo allorché dubiti della legittimità costituzionale di una norma, diversa da quella impugnata, che sia chiamata necessariamente ad applicare nell'iter logico per arrivare alla decisione sulla questione che le è stata sottoposta: in altri termini, si deve trattare di una questione che si presenti pregiudiziale alla definizione della questione principale e strumentale rispetto alla decisione da emanare (sentenze n. 122 del 1976, n. 195 del 1972 e n. 68 del 1961)».

La sottolineatura della necessità che la norma oggetto dell'eventuale autorimessione sia "diversa" da quella censurata o impugnata in un giudizio che, nella maggior parte dei casi¹⁴⁵, è esso stesso di legittimità costituzionale, consente quindi di rinvenire un fondamentale criterio discrezionale al fine di distinguere le ipotesi di richiesta di autorimessione da quelle di un improprio allargamento delle *quaestiones* così come individuate dal giudice *a quo*.

4. La forza di legge della disposizione censurata, la natura costituzionale del parametro e le c.d. fonti interposte.

Prima di affrontare l'esame dei c.d. "requisiti" della questione di legittimità costituzionale, pare opportuno soffermarsi sul primo comma dell'art. 23, là dove precisa che l'istanza con la quale le parti o il pubblico ministero possono chiedere la rimessione di una questione di legittimità costituzionale deve contenere l'indicazione delle «disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziati da illegittimità costituzionale» (lettera *a*) e delle «disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate» (lettera *b*).

Da quanto sopra riportato deriva l'inammissibilità di un'eventuale questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una norma contenuta in un atto privo di forza di legge. In

¹⁴⁵ Con questa precisazione si vuole alludere al fatto che, nella maggior parte dei casi, la Corte ha sollevato dinanzi a se stessa questioni di legittimità costituzionale nel corso di giudizi promossi in via incidentale o in via principale; solo in alcuni casi l'autorimessione è avvenuta nel corso di giudizi per conflitti, mentre non risulta che la Corte si sia mai autorimessa una questione di legittimità costituzionale in un giudizio di ammissibilità di un referendum.

questo senso si segnala la recente sentenza n. 174 del 2023 nella quale la Corte ha precisato che «[i]l sindacato di legittimità della normativa subprimaria è rimesso, piuttosto, alla cognizione del giudice comune, ovvero alla giurisdizione di annullamento del giudice amministrativo e al potere di disapplicazione incidentale di ogni altro giudice (sentenza n. 333 del 1991). Fanno eccezione a tale regola, e sono state così sottoposte allo scrutinio di legittimità costituzionale, le norme scaturenti dal congiunto operare della disposizione legislativa e della fonte secondaria, nei casi in cui la prima risulti “in concreto applicabile attraverso le specificazioni formulate nella fonte secondaria” (sentenze n. 263 del 2022 e n. 1104 del 1988; nello stesso senso, sentenze n. 92 del 2021, n. 241 e n. 3 del 2019, n. 224 e n. 200 del 2018, n. 16 del 2017 e n. 178 del 2015)».

Proprio l'ipotesi del combinato disposto di una norma primaria e di una subprimaria risulta particolarmente frequente nella giurisprudenza costituzionale, che pare piuttosto consolidata nell'escludere l'inammissibilità della questione nel caso in cui la normativa di rango regolamentare costituisca un completamento del contenuto prescrittivo di quella di rango legislativo. Grava quindi sul giudice rimettente l'onere di dimostrare l'esistenza di questo rapporto di inscindibilità e di coesistenzialità tra le due discipline.

Quanto poi alle disposizioni asseritamente violate dalla norma censurata, potrebbe apparire banale ricordare che esse devono avere rango costituzionale (al riguardo, tra le altre, sentenze n. 167 del 2021 e n. 134 del 2019). In realtà, il problema si presenta più complesso di quanto possa sembrare nel caso in cui il rimettente (ma anche il ricorrente nei giudizi in via d'azione) lamenti la diretta violazione di una norma interposta e, solo per il tramite di questa, di una disposizione costituzionale. In tal caso, spetta al giudice *a quo* un duplice compito: innanzitutto, quello di dimostrare l'esistenza di un rapporto di interposizione tra la disposizione costituzionale e quella asseritamente violata dalla norma censurata; in secondo luogo, quello di argomentare a sostegno del contrasto tra quest'ultima e la norma interposta.

Com'è agevole intuire, è il primo “compito” a impegnare maggiormente il giudice, il quale, al fine di accertare l'esistenza di un rapporto di interposizione normativa, deve verificare se la norma interposta sia esplicitamente o implicitamente richiamata dalla disposizione costituzionale assunta a parametro. Questo “richiamo” non deve però esaurirsi in un rapporto di mera integrazione tra la disposizione costituzionale e quella di rango primario, ma – affinché possa configurarsi un rapporto di interposizione normativa – è necessario che la norma costituzionale delinei il contenuto e la funzione di quella interposta, finendo per questo verso con l'assegnarle una specifica posizione nel sistema delle fonti. Si pensi, al riguardo, alla legge delega rispetto agli artt. 76 e 77, primo comma, Cost., da una parte, e al decreto legislativo, dall'altra. Oppure ancora alle c.d. leggi cornice rispetto all'art. 117, terzo comma, Cost., da una parte, e alle leggi regionali in materia di potestà concorrente, dall'altra. In altre parole, sembra potersi dire che la fonte interposta, pur non essendo di rango costituzionale, riceva dalla Costituzione stessa un *imprimatur* che, prefigurandone contenuto e funzione, le attribuisce una natura parametrica, nel senso che finisce con l'integrare il parametro costituzionale.

La riflessione giurisprudenziale e dottrinale sulle fonti interposte ha probabilmente raggiunto il suo apice con le note sentenze “gemelle” (n. 348 e n. 349 del 2007), nella prima delle quali si legge, tra l'altro, quanto segue: «La struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione “fonti interposte”, ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte (*ex plurimis*, sentenze n. 101 del 1989, n. 85 del 1990, n. 4 del 2000, n. 533 del 2002, n. 108 del 2005, n. 12 del 2006, n. 269 del 2007), ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro

costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato» (sentenza n. 348 del 2007, punto 4.5. *Cons. dir.*).

In quell'occasione la Corte costituzionale ha anche chiarito quali limiti incontrano siffatte fonti, precisando che «[q]uanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali [...], ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali».

La Corte ha quindi sottolineato che «[l]'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta».

Di conseguenza, «[n]ell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano» (sentenza n. 348 del 2007, punto 4.7. *Cons. dir.*).

Com'è facile intuire, si tratta di affermazioni che prescindono dallo specifico caso delle norme CEDU e che quindi devono intendersi riferite a qualsiasi norma interposta, rispetto alla quale grava sul giudice rimettente l'onere preliminare di verificarne la compatibilità con la Costituzione.

5. I "requisiti" della questione di legittimità costituzionale.

5.1. La rilevanza tra incertezze definitorie e oneri motivazionali.

Particolarmente articolata è la ricostruzione dei "requisiti" della questione di costituzionalità, che, stando alla lettera dell'art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953, parrebbero consistere esclusivamente nell'impossibilità di definire il giudizio *a quo* o principale «indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale» e nella non manifesta infondatezza di quest'ultima.

In realtà, a distanza di quasi settanta anni dall'entrata in funzione della Corte costituzionale (la sua prima sentenza è stata depositata il 14 giugno 1956), il quadro dei "requisiti" è decisamente più ricco e complesso di quanto si possa dedurre dalla lettura della disposizione sopra citata. Ciò è senz'altro dovuto alla giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente riempito di contenuto il quadro normativo sopra sintetizzato, al punto non solo da implementare il quadro definito dal citato art. 23, ma addirittura da rinvenire un terzo requisito, non espressamente menzionato, consistente nell'esperimento del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione.

Ciò nondimeno, in questa sede, ci si limiterà all'esame dei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale e al richiamo degli orientamenti che paiono consolidati.

Il punto di partenza dell'analisi dei "requisiti" non può che essere costituito dalla c.d. rilevanza della questione di legittimità costituzionale, sulla quale la Corte, ormai da tempo, si

riserva un mero controllo esterno, volto ad accertare la non implausibilità delle argomentazioni svolte dal rimettente a sostegno della sua esistenza.

Si pone quindi, in via preliminare, il problema del significato della rilevanza, sempre pericolosamente (per l'interprete) in bilico tra l'*applicabilità* della norma oggetto del dubbio di costituzionalità e la mera *influenza* della decisione della Corte sull'esito del giudizio *a quo*. Senza poter in questa sede soffermarsi su siffatte distinzioni¹⁴⁶, pare sufficiente sottolineare che l'esclusivo riferimento a uno di questi significati può risultare particolarmente problematico in casi come quelli delle norme penali di favore e degli effetti *in malam partem* in materia penale¹⁴⁷.

Del tutto peculiare è poi il caso delle questioni di legittimità costituzionale con le quali il rimettente chiede alla Corte l'addizione di una norma dalla cui applicabilità dipende la rilevanza della questione. In questi casi, la norma da applicare al caso concreto non esiste ancora nell'ordinamento, ma l'obiettivo del rimettente è proprio quello che venga introdotta dalla Corte in quanto costituzionalmente necessaria. Ancora una volta, quindi, grava sul rimettente l'onere di dimostrare la consustanzialità della norma mancante rispetto al quadro costituzionale di riferimento.

Strettamente funzionale alla verifica della rilevanza da parte del Giudice delle leggi è la necessità che il giudice *a quo* offra, nell'ordinanza di rimessione ed esclusivamente in essa, una completa descrizione della fattispecie e del quadro normativo. Opera in tal senso il principio di c.d. autosufficienza dell'ordinanza, in virtù del quale non è ammessa alcuna forma di rinvio ad atti esterni e diversi dall'atto di rimessione per l'integrazione del contenuto di quest'ultimo; si pensi, ad esempio, a quelli depositati dal pubblico ministero o dalle parti private.

L'ordinanza deve dunque contenere, in via preliminare, un'adeguata descrizione delle vicende in fatto e in diritto che hanno determinato l'insorgere del contenzioso, nel corso del quale si inserisce l'incidente di costituzionalità. Non meno importante è la descrizione del quadro normativo nel quale si colloca la norma censurata. Entrambi questi elementi sono infatti decisivi per quel controllo esterno sulla rilevanza di cui sopra si diceva, al fine, cioè, di verificare se la questione sollevata abbia ad oggetto una norma di cui il giudice rimettente deve fare applicazione *hic et nunc*, vale a dire nell'esatta fase e nel preciso momento del giudizio in cui ha emesso l'ordinanza, sospendendolo.

In altre parole, l'atto di rimessione – con la conseguente sospensione del giudizio – fissa, come in uno scatto fotografico, il preciso istante in relazione al quale la Corte è chiamata a verificare la rilevanza della questione sollevata. Rispetto a questo momento, quindi, i giudici costituzionali effettuano una valutazione sulla “tempestività” dell'atto di rimessione, verificando che la *quaestio* non sia né prematura (come avviene nel caso in cui il rimettente ponga il dubbio di costituzionalità prima di essere tenuto a fare applicazione della norma), né tardiva (come invece accade nell'ipotesi in cui il giudice abbia esaurito la sua *potestas iudicandi*, ad esempio accogliendo o respingendo tutti i motivi di ricorso¹⁴⁸).

Particolarmente emblematica in tal senso è la giurisprudenza costituzionale in tema di legittimazione del giudice della cautela a sollevare questioni di legittimità costituzionale, sia nell'ipotesi in cui non abbia ancora provveduto sull'istanze del/dei ricorrente/i sia quando invece abbia concesso la misura cautelare. In quest'ultimo caso, l'orientamento consolidato del Giudice delle leggi è nel senso di ritenere ammissibile la questione a condizione che il rimettente non abbia consumato la sua *potestas iudicandi* e che quindi non abbia provveduto in modo definitivo sull'istanza, riservandosi di rivalutarla dopo la decisione della Corte.

Quanto poi al quadro normativo e alla necessità che esso sia adeguatamente descritto dal giudice *a quo*, si deve precisare che non si tratta di una deroga al principio *iura novit curia*, quanto piuttosto dell'esigenza che, in un quadro ordinamentale caratterizzato da tratti marcati di complessità e farraginosità, il rimettente si faccia carico di illustrare le ragioni per le quali

¹⁴⁶ Sulle quali si rinvia alle riflessioni della dottrina costituzionalistica; al riguardo, si veda A. RUGGERI, A. SPADARO, Lineamenti di giustizia costituzionale, cit., spec. pp. 265 ss.

¹⁴⁷ Sul punto si rinvia, tra le più recenti, alla sentenza n. 8 del 2022, punto 4 Cons. dir.

¹⁴⁸ Al riguardo, per un'ipotesi recente di tal fatta si veda l'ordinanza n. 22 del 2023.

ritiene che, in quella specifica fase del giudizio *a quo*, debba applicare proprio la norma oggetto del dubbio di costituzionalità. Questa esigenza diventa particolarmente pressante nel caso, non infrequente, di successione di normative che regolano la medesima fattispecie, con tutte le incertezze che da ciò derivano in merito all'individuazione della norma applicabile *ratione temporis*.

Sempre in punto di rilevanza, tra le problematiche più recenti merita di essere segnalata quella attinente alla possibilità che, nel corso di un giudizio di accertamento della lesione di un diritto fondamentale asseritamente imputabile all'incostituzionalità di una norma, venga sollevata questione di legittimità di quest'ultima. Ci si riferisce alla nota vicenda che è culminata con le declaratorie di illegittimità costituzionali di alcune norme relative alle leggi per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017). Anche in questo caso non ci si può soffermare adeguatamente sul tema; è però importante sottolineare che la suddetta modalità di accesso alla Corte sembra, almeno apparentemente, debordare dai rigidi binari segnati dal carattere incidentale del giudizio dinanzi alla Corte. Tant'è che lo stesso Giudice delle leggi l'ha ritenuta ammissibile solo quando vengano in esame questioni attinenti al diritto di voto nelle elezioni politiche, rispetto alle quali manca una sede propriamente giurisdizionale in cui eccepire l'eventuale incostituzionalità delle norme elettorali. Coerentemente con questa impostazione la Corte ha escluso l'ammissibilità delle questioni sollevate con le anzidette modalità qualora abbiano ad oggetto leggi elettorali diverse (ad esempio, quella per l'elezione dei membri del Parlamento europeo: sentenza n. 110 del 2015).

Ciò nondimeno, il suddetto orientamento giurisprudenziale, già di per sé non pienamente convincente, sembra aver incontrato una parziale smentita¹⁴⁹ con la sentenza n. 240 del 2021, nella quale la Corte era chiamata a decidere su alcune questioni sollevate a seguito di un'azione di accertamento della lesione del diritto di voto causata dalla denunciata incostituzionalità; azione, questa, promossa da un cittadino elettore della Città metropolitana di Catania in relazione all'elezione del Sindaco metropolitano. In questa pronuncia il Giudice delle leggi ha rigettato le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Avvocatura generale dello Stato in relazione all'assenza di incidentalità del giudizio, sull'assunto che «nel caso di specie, non [era] propriamente in discussione la “pienezza” (sentenza n. 110 del 2015) – ossia la conformità ai principi costituzionali – delle condizioni di esercizio del diritto fondamentale di voto» (sentenza n. 35 del 2017), bensì – più in radice – la sua stessa esistenza, e proprio all'accertamento di tale radicale menomazione, e alla sua conseguente eliminazione anche per il tramite della pronuncia chiesta a questa Corte, [era] preordinata l'azione promossa dal ricorrente nel giudizio *a quo*» (punto 4.1. *Cons. dir.*).

Il giudizio in parola si è poi concluso con una pronuncia di inammissibilità ma per ragioni diverse da quelle legate all'azione di accertamento, con la conseguenza che sembrano aprirsi nuovi scenari per l'utilizzabilità di questa modalità per eccepire dinanzi a un giudice l'illegittimità costituzionale di una norma.

Più in generale, la possibilità di sottoporre all'esame di un giudice i dubbi di legittimità costituzionale di una normativa per il tramite di un'azione di accertamento della lesione di un diritto fondamentale causata dall'asserita incostituzionalità non sembra potersi circoscrivere al solo ambito del diritto di voto nelle elezioni politiche, non potendosi escludere – almeno ad avviso di chi scrive – un utilizzo più ampio di questo strumento.

5.2. La “non manifesta infondatezza” e la formulazione del *petitum*.

Meno problematica appare invece la ricostruzione delle regole da osservare in relazione al requisito della c.d. “non manifesta infondatezza”. Da questo punto di vista, l'onere principale che grava sul giudice *a quo* è – come sempre – quello della chiarezza e della linearità delle sue argomentazioni. Egli è, infatti, tenuto a illustrare, senza incertezze e perplessità, le ragioni di

¹⁴⁹ Nel senso dell'estensione dell'ammissibilità della questione sollevata nel corso di un giudizio promosso con azione di accertamento anche nell'ipotesi di asserita lesione del diritto di voto alle elezioni amministrative (e quindi non solo a quelle politiche).

contrasto della norma censurata con la o le disposizioni costituzionali individuate come parametri. In questa operazione il rimettente non deve prospettare questioni ipotetiche, legate cioè a diverse soluzioni interpretative, né formulare censure generiche, men che meno soluzioni contraddittorie. La figura del giudice *a quo* come «eterno Amleto», di cui pure v'è traccia nella manualistica più diffusa, è ormai ampiamente superata ed espone le questioni sollevate al rischio di essere dichiarate inammissibili per l'incertezza che le caratterizza.

Parimenti approfondita deve essere l'illustrazione delle ragioni di contrasto della norma censurata con eventuali norme interposte. Si è già detto dell'orientamento giurisprudenziale maturato a seguito delle c.d. sentenze gemelle del 2007; in questa sede occorre solo sottolineare che sul giudice grava anche l'onere di escludere l'esistenza di profili manifesti di illegittimità costituzionale delle stesse norme interposte.

Ed ancora, vale la pena di ricordare che il rimettente non è tenuto a mantenere fermi i termini delle questioni di legittimità costituzionale come prospettate dalle parti o dal pubblico ministero, nel caso di specifica istanza da parte di questi; pertanto, il giudice può modificarne la portata estendendo o riducendo l'ampiezza delle stesse, o modificando le norme censurate e i parametri costituzionali violati.

Strettamente legata alla motivazione sulla “non manifesta infondatezza” è poi la formulazione del *petitum*, che costituisce il punto di caduta delle argomentazioni sviluppate nel corpo dell'ordinanza. In altre parole, il giudice deve costruire la parte motiva di quest'ultima avendo ben chiaro l'obiettivo da perseguire: la caducazione in tutto o in parte della disposizione che veicola la norma censurata o l'aggiunta di un frammento normativo mancante o la sostituzione della disposizione censurata con un'altra costituzionalmente imposta.

Di qui l'inammissibilità di questioni rispetto alle quali si registri un contrasto tra la motivazione e il *petitum*. Quest'ultimo deve essere, infatti, strettamente consequenziale rispetto alla parte motiva. Quanto detto non impedisce che nell'ordinanza di rimessione siano formulate soluzioni legate da un rapporto di subordinazione tra loro, a condizione però che questo nesso sia evidenziato chiaramente.

Tornando al *petitum*, va sottolineata la peculiarità delle questioni con le quali si chiede alla Corte una pronuncia additiva. In questi casi, infatti, il giudice deve farsi carico di indicare il verso dell'additiva, non limitandosi quindi a denunciare l'illegittimità costituzionale di una disposizione per l'omessa previsione di alcunché, ma indicando specificamente quali parole eventualmente aggiungere alla trama normativa censurata.

Più in generale, nella ipotesi in cui sia richiesta una pronuncia additiva, il giudice deve illustrare le ragioni che rendono necessaria l'aggiunta, preoccupandosi di individuare le “rime obbligate” da inserire o quanto meno quelle “adequate”¹⁵⁰ tali da eliminare i denunciati profili di incostituzionalità.

5.3. L'esperimento di un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione.

Su questo punto la giurisprudenza costituzionale più recente sembra aver assunto una posizione meno rigida di qualche decennio fa, quando, cioè, il mancato esperimento del tentativo di interpretazione conforme determinava la sicura inammissibilità delle questioni sollevate. Negli ultimi anni, infatti, sembra essere prevalso un diverso orientamento, meno rigoroso nel richiedere al giudice la ricerca di un'interpretazione costituzionalmente orientata. Di conseguenza, «ove sia improbabile o difficile prospettar[e] un'interpretazione costituzionalmente orientata [delle disposizioni censurate], non è affatto precluso lo scrutinio nel merito della questione; [a]nzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a

¹⁵⁰ Da ultimo, sul tema si veda R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine*, III/2023, spec. pp. 815 ss.

Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile» (sentenza n. 42 del 2017, punto 2.2. *Cons. dir.*).

Il Giudice delle leggi sembra, quindi, aver attenuato l'originario rigore che aveva di fatto precluso l'accesso alla Corte di questioni di legittimità costituzionale per il solo motivo che il giudice rimettente non aveva ritenuto di dover tentare un'interpretazione "salvifica" della disposizione censurata.

6. Conclusioni.

Anche in considerazione di quanto detto in apertura di questo scritto, è pressoché impossibile rassegnare delle conclusioni sul tema. Piuttosto, pare utile rivolgere un invito ai giudici o, meglio, estendere anche a questo ambito un invito che a essi deve essere costantemente rivolto nella loro attività quotidiana. Si allude alle sempre attuali parole rivolte da Cicerone nei confronti del Senato che lo aveva richiamato in patria dopo un esilio di diciotto mesi. In quell'occasione (57 a.C.) egli espresse il suo ringraziamento ricordando i magistrati che si erano opposti al suo acerrimo nemico, «*quos neque terror nec vis, nec spes nec metus, nec promissa nec minae, nec tela nec faces a vestra auctoritate, a populi Romani dignitate, a mea salute depellerent*» ("che né il terrore né la violenza, né la speranza né la paura, né le promesse né le minacce, né le armi né le fiaccole fecero allontanare dalla vostra autorità, dalla dignità del popolo romano e dalla mia salvezza").

Anche con riguardo al loro ruolo di "portieri della Corte", va rivolto il medesimo appello ai giudici, affinché né il timore di vedere dichiarata inammissibile una questione di legittimità costituzionale, né la speranza di vedere accresciuta la loro visibilità in caso di accoglimento possano condizionare la loro decisione in merito a un dubbio di costituzionalità.

La questione di legittimità costituzionale: un decalogo breve per giovani magistrati*

SOMMARIO: 1. Premessa: cenni sui modelli di sindacato di costituzionalità. – 2. Controllo diffuso, sindacato accentrato. – 3. Quel che non può mai mancare nell’ordinanza di remissione: un decalogo minimo. – 3.1. Verificare la propria legittimazione: ricordarsi di dover essere giudici in un giudizio. – 3.2. Concentrarsi sul primo e fondamentale presupposto: la rilevanza della questione, su cui occorre motivare molto e bene. – 3.3. Ricordarsi, quanto alla non manifesta infondatezza, che la discrezionalità è del legislatore (e non della Corte) col solo limite della palese irragionevolezza. – 3.4. Rammentare sempre il carattere residuale dell’ordinanza di remissione: l’obbligo di un’interpretazione adeguatrice si pone accanto a rilevanza e non manifesta infondatezza. – 3.5. Ricercare il diritto vivente. – 3.6. Ricordarsi che il giudizio di comparazione, ai fini della ragionevolezza, ha suoi presupposti ed una sua logica. – 3.7. Ricordarsi di non “usare” mai la Corte. – 3.8. Rammentare che non vanno censurate situazioni di fatto: l’obbligo di un’interpretazione adeguatrice si pone accanto a rilevanza e non manifesta infondatezza. – 3.9. Prospettare un’ordinanza di remissione chiara, compiuta, risoluta, precisa, determinata. – 3.10. Non ritenere finito il proprio compito con l’emissione dell’ordinanza: il “molto” a valle quasi sempre trascurato. – 4. Una speranza, più che una conclusione.

1. Premessa: cenni sui modelli di sindacato di costituzionalità.

Anche se il mio intervento aspira ad un taglio molto empirico – un breviario minimo di regole essenziali per giovani magistrati, chiamati a fronteggiare l’eventualità di una questione di legittimità costituzionale - sono costretto a muovere dalle architetture teoriche.

Devo, cioè, preliminarmente accennare ai modelli del sindacato di costituzionalità astrattamente concepibili e spendere pochissime parole su quello adottato nel nostro sistema costituzionale, pena l’incomprensibilità di ogni discorso ulteriore.

I modelli sono molteplici e classificabili in ragione di vari criteri: dei soggetti che lo esercitano; del momento in cui esso viene esercitato; delle modalità che lo caratterizzano. Nell’ipotesi del cosiddetto sindacato diffuso, ciascun giudice ha il potere di sindacare l’atto normativo e di disapplicarlo sul presupposto del suo contrasto con i precetti della Carta fondamentale (è, in termini di enorme sintesi, il modello statunitense). Ad esso, si contrappone l’ideal-tipo del sindacato accentrato, affidato invece ad un unico organismo, inserito nel corpo giudiziario o, più frequentemente, ad esso esterno.

Altre classificazioni sono possibili sulla base di un criterio temporale. Alcuni ordinamenti configurano un sindacato preventivo, innestato, cioè, nel procedimento di produzione della legge, come, ad esempio, nell’ordinamento francese; mentre altri accolgono il modello del controllo successivo, espletato, cioè, solo dopo che la legge oggetto del controllo sia entrata in vigore. Per sindacato diretto si intende la possibilità di immediato accesso all’organismo deputato per i cittadini che lamentino la lesione di propri diritti (secondo il modello tedesco, ad esempio), mentre consiste in una forma di sindacato indiretto quella centrata sul vaglio preventivo della domanda di annullamento da parte di un organismo chiamato a fare applicazione della legge censurata.

* La presente relazione è aggiornata alla data 17 Giugno 2022

È noto come i nostri Costituenti, dopo un dibattito trasversale la cui essenza investiva proprio il tema della supremazia del Parlamento, optarono per un sistema misto: la forma di controllo sulle leggi - talmente originale, da lasciare, inizialmente, scettici i più - di un sindacato accentrato, successivo ed indiretto.

La Costituzione formalizzò in sostanza il connotato di accentramento ed il carattere successivo del controllo, rinviando ad una ulteriore legge costituzionale per le modalità di innesco del procedimento. Infatti, in forza dell'art. 134, primo comma, Cost., è la Corte costituzionale a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni.

D'altra parte, l'art. 136, primo comma, Cost., stabilendo che la legge dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia nel giorno successivo a quello della pubblicazione della decisione, chiarisce appunto il carattere successivo del controllo. La disciplina del promovimento del giudizio è rimessa a legge costituzionale dal comma primo dell'art. 137.

Il carattere essenziale del procedimento è regolato dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, secondo cui la questione può essere rimessa alla Corte quando, d'ufficio o su istanza di parte, il giudice non la ritenga manifestamente infondata.

Ecco la fonte primaria di una connotazione fondamentale del nostro sistema, che occorre ben considerare quando ci si interroga sui presupposti di una 'buona' decisione del giudice in ordine alla proposizione di una questione di costituzionalità.

Si introduce un sistema di "controllo diffuso" della costituzionalità della legge: un meccanismo che solo in parte evoca il *judicial review* del sistema americano ed affida anche all' 'ultimo' dei giudici monocratici la tutela della *higher law* dello Stato, la Costituzione. Si delinea pienamente una particolare fisionomia del filtro, con una sorta di determinazione dell'ampiezza delle sue maglie. Ciò rappresenta il profilo più delicato del meccanismo: il cittadino accede alla Corte non quando il giudice ritenga fondata la questione, ma quando la ritenga non manifestamente infondata.

2. Controllo diffuso, sindacato accentrato.

Abbiamo dunque un sistema a controllo diffuso - a tutte le parti, tramite tutti gli organi giurisdizionali (ed a costoro anche in via officiosa), è consentito di avanzare il dubbio di legittimità costituzionale - con sindacato accentrato.

Questo meccanismo rende centrali protagonisti dell'incidente di costituzionalità tanto il giudice comune rimettente, quanto la Corte. Si dirà *funditus* dei rapporti tra questi attori principali, ma, da subito, occorre farsi carico di quella che è stata indicata come una criticità generale del sistema. Precisamente, che - dopo alcuni intensi decenni di pieno sviluppo del meccanismo di controllo, la "questione incidentale" di costituzionalità abbia conosciuto una crisi evidente in ragione dalla particolare severità della Corte nella delibazione delle ordinanze di remissione: una Corte quasi inflessibile - e che non ha mancato di 'bacchettare' i giudici comuni a suon di pronunce di inammissibilità - avrebbe spaventato i giudici comuni, scoraggiandoli a prospettare il dubbio, come dimostrato dalle statistiche. Queste ultime - solo per citarne alcune - evidenzerebbero, ad esempio, che nel 2008 la percentuale dei giudizi incidentali, sul totale delle decisioni della Corte, era pari al 74,16% con 333 giudizi, mentre nel 2020, sono state 163 le decisioni adottate nell'ambito di giudizi in via incidentale, pari al 58% del totale; non senza considerare che, ad esempio, negli anni 2012 e 2013 i giudizi in via principale hanno superato, numericamente, quelli in via incidentale. Il timore è insomma che, quanto più è penetrante il controllo della Corte sull'ordinanza di remissione e sulla sua

adeguatezza, tanto più giganteggia la Corte e si riduce il ruolo e l'importanza di giudice e giudizio *a quo*.

È vero esattamente il contrario.

Se si scorrono le pronunce della Corte, è agevole rilevare come le relative motivazioni «tendono spesso a persuadere -considerandolo come l'ideale loro interlocutore- un uditorio incommensurabilmente più ampio, di quello costituito dalle sole parti del giudizio di merito (...), sicché la Corte procede a scandagliare le *rationes* profonde della Costituzione e della legge che forma l'oggetto del giudizio, transcendendo spesso di gran lunga le esigenze del processo base»¹⁵¹ (1). La Corte, insomma, parla spesso a questo uditorio ideale di esseri ragionevoli, perché deve adempiere al suo alto profilo politico-istituzionale, nonostante noi giudici tendiamo a dimenticarlo. Ed anzi, il paradosso è proprio che, mentre da un lato la Corte richiede al giudice rimettente la massima aderenza possibile al giudizio *a quo* (in termini di pregiudizialità, di rilevanza, ecc.), la decisione della Corte trascende, spesso, il “caso della vita” al suo esame, per «fissare un principio con l'intenzione di universalizzarlo»¹⁵².

Ora, se non vi fosse il setaccio della Corte; se essa non richiedesse ai giudici *a quibus* sforzo massimo su delibazione di rilevanza, manifesta infondatezza, pregiudizialità, ecc., i giudici stessi, lungi dall'essere maggiormente tutelati e “padroni” dell'incidente di costituzionalità, risulterebbero, in realtà, completamente emarginati dal processo di controllo di costituzionalità. In breve: la sinergia che si instaura tra giudici e Corte, il controllo di adeguatezza che questa si assume sulle ordinanze dei primi costituiscono proprio la garanzia del ruolo dei giudici nel sistema del controllo diffuso.

Esigere rigore, pertinenza dei profili, esattezza nei termini della questione significa affermare l'idea che l'interpretazione adeguatrice è compito di tutti i giudici (come si dirà *amplius* tra breve) e che sussiste, pertanto «una sempre maggiore implicazione»¹⁵³ di costoro nella risoluzione dell'incidente di costituzionalità. Che, insomma, «in questo senso tutti i giudici sono, in qualche misura, anche giudici di costituzionalità», sicché «da essi non c'è più da aspettarsi quella “resistenza” che fece scrivere a Calamandrei nel 1955 il saggio famoso *Come si fa a disfare una Costituzione*».

A condizione che i giudici non dimentichino mai che la Corte – che pure, talora, snerva con la tagliola dell'inammissibilità o utilizza le lame dell'ordinanza di manifesta infondatezza come «giudizi nel merito a cognizione sommaria»¹⁵⁴ – rimane pur sempre «quel geniale strumento capace di superare il formalismo ed il relativismo del positivismo giuridico senza sconfinare nei pericoli di un astratto giusnaturalismo»¹⁵⁵.

In proposito, va ricordato che, proprio in quanto nel nostro sistema il giudice di costituzionalità è solo e soltanto la Corte costituzionale, la legge (art. 24 l. n. 87 del 1953) prescrive che l'ordinanza di reiezione di una eccezione di parte debba essere, da parte del

¹⁵¹ M. PATRONO, Corte costituzionale, giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale (note in margine al ricorso diretto alla Corte), Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale, in Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, p. 25.

¹⁵² M. PATRONO, loc. ult. cit.

¹⁵³ Così F. MODUGNO -P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in Giudizio “a quo”, cit., p. 341.

¹⁵⁴ Bella metafora di V. ANGIOLINI, *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988, p. 170.

¹⁵⁵ M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, p. 120

giudice, adeguatamente motivata, e che la questione è comunque proponibile – salve le precisazioni che si faranno in seguito – anche nei gradi successivi del giudizio.

È sintomatico come l'obbligo di 'adeguata motivazione' sia normativamente espresso non già per l'ordinanza di rimessione, quanto per quella di reiezione dell'eccezione proposta dalle parti. Ciò in quanto il giudice ordinario non può sviare dalla sua funzione di filtro per decidere egli stesso che la questione è infondata. Siete – sarete – la porta che consente ai diritti fondamentali dei cittadini di essere riconosciuti ed affermati. Siete, meglio, i guardiani di quella porta: deve essere una vigilanza intelligente, né troppo lasca né troppo rigorosa; prospettica, e quindi né formalistica, ma neppure disimpegnata e superficiale.

3. Quel che non può mai mancare nell'ordinanza di rimessione: un decalogo minimo.

Piuttosto che avventurarmi in un'impossibile ricostruzione teorica dell'ordinanza di rimessione, preferisco fissare alcune ed essenziali regole di essa, forse a voi più utili.

Le considerazioni che seguiranno non sono pertanto un improbabile *vademecum* della perfetta ordinanza di rimessione, quanto la riflessione, per punti, delle problematiche di più frequente patologia di essa.

Questo decalogo, pertanto, non è per nulla esaustivo, ma fissa solo, in sequenza logica, i problemi maggiormente ricorrenti che si prospettano al giudice comune di fronte al dubbio di costituzionalità e, dunque, alla possibilità di emettere l'ordinanza di rimessione alla Corte. Poche "regole", assai semplificate e qualche consiglio per evitare errori.

3.1. Verificare la propria legittimazione: ricordarsi di dover essere giudici in un giudizio.

Dovendo muovere dagli interrogativi più generali, conviene subito chiedersi: chi è il giudice legittimato all'ordinanza di rimessione?

Le indicazioni delle fonti normative risultano avere e generiche: confermando che il processo costituzionale ha un metabolismo essenzialmente di matrice giurisprudenziale. Infatti, non risultano esaustivi né l'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 (che parla di questione sollevata «nel corso di un giudizio» e non ritenuta manifestamente infondata dal «giudice»); né l'art. 23 l. 87/1953 («nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale»), né, infine, dall'art. 1 delle Norme integrative del 1953 (nel cui Capo I, «Questione di legittimità costituzionale nel corso di un giudizio», si parla di «giudice davanti al quale pende la causa»). Non c'è, insomma, limite, *ab externo*, della nozione di giudice, rispetto, cioè, alle varie fenomenologie di esercizio possibile della giurisdizione; né specificazione, rispetto ad un'autorità giurisdizionale indiscutibilmente tale in relazione alla concreta funzione di *iuris dictio*, in senso proprio.

La giurisprudenza della Corte, nel primo ventennio di attività, ha fornito una lettura assai estensiva del termine 'giudice', fondata cioè su di una nozione "sostanzialistica" di attività e funzioni svolte. Solo dopo tale prima fase (interessante scientificamente, ma troppo lontana, storicamente, per potervi indugiare), la Corte ha progressivamente precisato i principi, sicché, nella giurisprudenza più recente, si traggono alcuni precisi elementi di 'identificazione', ricavati, ovviamente, anche dall' "incrocio" con i presupposti oggettivi inerenti al giudizio.

Precisamente, il giudice che solleva la questione è il giudice:

- che deve, in quel momento processuale, fare applicazione della norma denunziata;

- che deve essere nell'esercizio dei suoi poteri giurisdizionali;
- che deve essere titolare del «potere di risolvere quell'aspetto anche solo procedimentale o preliminare, necessario per la prosecuzione e definizione del giudizio»¹⁵⁶.

Cosa significa tutto ciò, fuori dalle formule e nell'universo della realtà quotidiana?

Significa essenzialmente, soprattutto quanto al primo profilo, che ordinanza di rimessione e potere decisorio del giudice devono essere, per così dire, elementi sincronici e rispettare una loro consonanza temporale. Questo profilo attiene esattamente all'aspetto della rilevanza della questione (su cui torneremo), ma conviene affrontarlo subito, costituendo un profilo di fondamentale importanza.

Il giudice, per sollevare la questione, deve essere chiamato ad esercitare i suoi poteri giurisdizionali: non deve avere semplicemente un potere decisorio non espletato, tuttavia, nell'ambito di funzioni giurisdizionali.

Ciò avviene allorché manca, secondo la terminologia di alcune pronunce della Corte, il giudizio 'in senso proprio': in luogo del (o prevalente sul) carattere giurisdizionale, risalta una funzione di alta amministrazione, pure svolta dall'organo giurisdizionale. È il caso, ad esempio, del Presidente del Tribunale in sede di provvedimento emesso sulla richiesta di astensione da parte di un giudice: l'incidente di costituzionalità in quella sede sollevato è dichiarato inammissibile dalla Corte, difettando il 'giudizio' in senso proprio (ordinanza n. 216 del 2001).

Il giudice, soprattutto, deve essere titolare del «potere di risolvere quell'aspetto anche solo procedimentale o preliminare, necessario per la prosecuzione e definizione del giudizio».

Il giudizio, insomma, deve essere la sede effettiva e diretta di applicazione della disposizione sospettata di incostituzionalità. Il che non sempre è cosa di immediata percezione nella concreta esperienza del processo di verifica della legittimità costituzionale, ove spesso, anche limitandosi all'esercizio della giurisdizione penale, si verificano casi di mera apparenza della legittimazione.

Un caso tipico è quello riscontrabile nella fase esecutiva del processo. Il giudice dell'esecuzione non può contestare norme già applicate nel procedimento di cognizione concluso con la sentenza di condanna passata in giudicato, ancorché quest'ultima costituisca titolo per l'esecuzione medesima (ordinanza n. 143 del 1999).

È un problema di irrilevanza della sede anche quello si è posto, ad esempio, con riguardo ai provvedimenti concernenti l'ammissione al gratuito patrocinio. Un giudice del dibattimento si è pronunciato sull'istanza di ammissione, in relazione alla quale ha sollevato questione di legittimità costituzionale, istanza di contenuto identico a quella già rigettata dal giudice per le indagini preliminari con provvedimento non tempestivamente impugnato: il (sub)procedimento di ammissione al gratuito patrocinio ha, come ogni procedimento incidentale, le sue rigorose cadenze di fase processuale, inviolabili anche dai nobili fini dell'eccezione di costituzionalità; l'interessato, preso atto che il giudice di prime cure considerava costituzionalmente tollerabile l'esclusione del patrocinio per i reati contravvenzionale, avrebbe dovuto avvalersi dei rimedi previsti dalla legge per il

¹⁵⁶ Per questa partizione, cfr. R. ROMBOLI, *Aggiornamento in tema di processo costituzionale (1999- 2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 41, il quale, peraltro, riprende affermazioni pressoché testuali di pronunzie della Corte. Ad esempio, l'affermazione sub c) è tratta, letteralmente, dall'ord. n. 241 del 2000, relativa ad una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Presidente del TAR Sicilia, sez. Catania, all'esito di un'udienza presidenziale di comparizione delle parti e riguardante disposizioni applicabili solamente dal Collegio.

provvedimento di rigetto, e in quella sede, riproporre l'incidente di costituzionalità (ordinanza 14 aprile 1999, n. 145).

Stesso discorso per l'incidente di ricazione, le norme per la cui disciplina non possono essere impugnate dal giudice ricusato, perché non è lui a farne applicazione: diversamente, sarebbe stravolto il sistema che attribuisce esclusivamente al giudice superiore la competenza a giudicare sulla ricazione; soprattutto, sarebbe lo stesso giudice ricusato ad essere abilitato alla sospensione del processo principale, atto che il legislatore ha invece inteso riservare al giudice competente dopo la valutazione dell'ammissibilità dell'atto di ricazione (ordinanza n. 204 del 1999).

Ma esiste anche una fenomenologia - eguale e contraria- di erronea supposizione del difetto di legittimazione. Così, ad esempio, è infondata l'eccezione secondo cui l'ordinanza di remissione sarebbe inammissibile per irrilevanza in quanto sollevata da giudice carente di giurisdizione, quando la questione investe proprio le norme che, a dire del rimettente, gli sottrarrebbero la giurisdizione (ordinanza n. 292 del 2002).

In generale, c'è legittimazione tutte le volte in cui non sussisterebbero, altrimenti, vie alternative per fare valere il vizio di costituzionalità¹⁵⁷.

In questa ottica si colloca anche l'antico problema della legittimazione del Pubblico Ministero quale giudice a quo. La Corte ha costantemente ribadito la propria giurisprudenza (ad esempio, ord. n. 86 del 2002, Ruperto-Neppi) richiamando l'affermazione secondo cui «la questione può essere sollevata nel corso di un giudizio caratterizzato dall' "esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge" ad opera di soggetti "posti in posizione *super partes*" (sentenze n. 376 del 2001 e n. 387 del 1996)¹⁵⁸».

3.2. Concentrarsi sul primo e fondamentale presupposto: la rilevanza della questione, su cui occorre motivare molto e bene.

È affermazione frequente, in dottrina, quella secondo cui «la nozione di rilevanza risulta inscindibilmente legata alla incidentalità e concretezza del giudizio costituzionale»¹⁵⁹ (9).

Solo questa nozione, e non altro, rappresenta il cardine dell'intero sistema di giustizia costituzionale italiano.

Quest'ultimo, infatti, proprio in quanto sistema misto (né diffuso, né diretto ed accentrato, come, rispettivamente, negli Stati Uniti ed in Austria) necessita che la decisione incida sul giudizio principale nell'ambito del quale ha trovato origine la questione. In questo senso, si

¹⁵⁷ Ad esempio, la Corte ha affermato che il procedimento di reclamo presso il magistrato di sorveglianza, vertendosi in tema di diritto del condannato al colloquio con il difensore, costituisce sede idonea per la proposizione dell'incidente di costituzionalità, costituendo, quest'ultimo, «espressione del diritto di difesa» e non sussistendo «vie alternative» per farlo valere (non fu un caso che la sentenza n. 26 del 1999, originata da questa vicenda, realizzò poi una tra le più importanti 'aperture' della Corte sui diritti dei detenuti e sul riconoscimento della loro tutela giurisdizionale).

¹⁵⁸ Giurisprudenza assai consolidata e ribadita, all'indomani dell'emanazione del nuovo codice di procedura penale, dalla sent. n. 249 del 1990, Conso-Greco, nella quale si evidenzia – richiamando le sentenze nn. 40, 41 e 42 del 1963; le ordinanze nn. 186 del 1971, 5 del 1979, 163 del 1981, 285 del 1989- che «il pubblico ministero non ha il potere di emettere provvedimenti decisori e che, conseguentemente, non è legittimato, in base all'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, a promuovere giudizi di legittimità costituzionale, sostituendosi all'autorità giurisdizionale competente: linea interpretativa che va tanto più riaffermata nel sistema del nuovo codice di procedura penale, il quale riconosce al titolare dell'azione penale "per intero e senza concessione ad ibridismi di sorta, la posizione di parte" (v. Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, p. 33)».

¹⁵⁹ In questi termini, ad es. A. RUGGERI- A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, p. 250.

afferma che la soluzione della questione deve essere *pregiudiziale* al giudizio principale, nel senso che, in mancanza della delibazione di costituzionalità della norma, il processo principale non può andare avanti.

Ora, su concetti di così vasta portata, non è possibile neppure operare una sintesi: cerco pertanto di fornire solo qualche spunto, assai concreto, di riflessione.

Innanzitutto, proprio dai caratteri sopra sommariamente delineati – e ben oltre lo stesso dato formale dell'art. 23 l. n. 87 del 1953- «l'ordinanza di rimessione può considerarsi completa nei suoi esatti “termini” quando da essa risultino in modo esplicito i fatti di causa o la fattispecie che ha dato origine al dubbio di costituzionalità lamentato»¹⁶⁰.

Se dovessi indicare il limite statisticamente più vistoso delle ordinanze di rimessione, penserei proprio all'assoluta parsimonia con la quale i giudici descrivono la concreta fattispecie al loro esame e della rilevanza¹⁶¹. Ordinanze assai curate, persino dotte nell'esposizione degli argomenti della 'non manifesta infondatezza' dedicano pochissime righe, quasi sempre in premessa, alla *species facti* processuale - quasi ci fosse una sorta di pudore a parlarne alla Corte- e 'chiudono' con poche righe sulla rilevanza, adoperando, quasi sempre, l'argomento che i civilisti chiamerebbero della *res ipsa loquitur* e, cioè della rilevanza quasi autoevidente.

In realtà, occorre rammentare, come afferma acutamente Massimo Luciani, che «tutto ciò che non sta nell'ordinanza (di rimessione) *non est in mundo*»¹⁶² o se si vuole, in versione più prosaica, che vale il principio della c.d. “autosufficienza” dell'ordinanza di rimessione. Ciò significa che tutti gli elementi richiesti per l'ammissibilità della questione (rilevanza *in primis*) possono desumersi solo e soltanto dall'ordinanza e non possono essere attinti dagli atti del processo pure trasmessi alla Corte (giur. impossibile da citare, per abbondanza: ordd. n. 5, 8, 62, 97, 104, 118, 119, 136 179 212, 243, 319, 418, 431, 442, 465, 492, 498 del 2002, per limitarsi a tale anno).

Non si creda, insomma, da parte dei giudici rimettenti, che tutto ciò che serve al giudizio costituzionale potrà essere reperito dalla Corte tra gli atti del giudizio trasmessi, sì da integrare eventuali carenze dell'ordinanza. Ciò è effettivamente avvenuto, ma solo nei primissimi anni di funzionamento della Corte, nel periodo, cioè, di un necessitato rodaggio dell'organo (e dei giudici rispetto ad esso), che esigeva un atteggiamento 'collaborativo' con i giudici *a quibus*. Oggi è vero il contrario: il titolo esclusivo di ingresso della questione è esclusivamente l'ordinanza di rimessione. Ad essa soltanto spetta il compito di traghettare il dubbio di costituzionalità dal giudizio principale a quello costituzionale.

Dunque, la Corte, per potere ammettere la questione, avrà necessità di dovere effettuare la delibazione della rilevanza e, dunque, di dovere (potere?) controllare i presupposti di fatto e di diritto dell'ordinanza medesima: ecco perché il controllo della rilevanza non può prescindere dall'esame dei fatti della controversia. Da essi e solo da essi, la Corte potrà (dovrà?) trarre gli elementi per effettuare la serie dei controlli preliminari sulla questione. Innanzitutto, il controllo sulla pregiudizialità, non essendo ammissibile, nel nostro sistema, che il «*petitum* del giudizio nel corso del quale viene sollevata la questione coincida con la proposizione della questione stessa»: e cioè per il carattere di incidentalità del giudizio di legittimità costituzionale (così ord. n. 17 del 1999).

¹⁶⁰ Così, fra le moltissime, possibili citazioni, E. CATELANI, *La determinazione*, cit. p. 96

¹⁶¹ V. ad esempio, sulla carente indicazione della fattispecie concreta oggetto del giudizio, le ordd. n. 81 del 2001; 85 del 2001; 128 del 2001; 239 del 2001, 268 del 2001; 329 del 2001.

¹⁶² M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, p. 108.

Come scrive Vittorio Manes, «ancor prima che carenza di rilevanza vi è carenza del requisito dell'incidentalità ove la questione origini in un giudizio che non presenta autonomia rispetto alla impugnativa di costituzionalità, e la stessa risulta inammissibile – per giurisprudenza costante – ogni volta in cui sussista coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di incostituzionalità».

La questione non deve presentarsi, impropriamente, come un'azione diretta contro la legge: in caso contrario avremmo un sistema diverso e sarebbe sufficiente una *lis ficta* per sollevare la questione ¹⁶³(¹³).

La pregiudizialità comporta che “la relativa questione si pon[ga] come antecedente logico di altra questione che il giudice rimettente deve decidere”; e “[c]iò comporta che il giudice non può definire l'attività processuale fin quando [la] Corte non abbia deciso la questione pregiudicante” (sent. n. 180 del 2018).

Non solo sulla pregiudizialità: il controllo della Corte verterà, sempre ai fini della preliminare deliberazione di rilevanza, anche sui criteri di interpretazione della norma adottati dal rimettente in relazione alla questione al suo esame e, quindi, anche sulla congruenza tra disposizione generale e norma in concreto applicanda. Dunque, guarderà alla connessione tra norma impugnata e parametro costituzionale, e così via: una lunga, ininterrotta catena logica, come si vede, il cui abbrivio è sempre la concreta fattispecie all'esame del giudice a quo.

L'idea che la Corte sia giudice delle leggi ha, forse, abbagliato eccessivamente, creando l'equivoco che sia l'astrattezza la fondamentale modalità di approccio al giudizio di costituzionalità: ne è, forse (e per certi oggetti, magari), il punto di arrivo.

Ma la partenza, il *best first* della Corte, il migliore inizio possibile, l'unico inizio possibile, direi, è il caso concreto: se il giudice rimettente lo preclude, il giudizio costituzionale abortisce.

Per questo, la Corte atterrisce all'idea di una motivazione *per relationem* dell'ordinanza, quale che ne sia il referente: essa sarà, cioè, inammissibile, se il richiamo è ad altra precedente ordinanza del medesimo giudice *a quo* (ord. n. 310 del 2000) o di altro giudice (ord. n. 98 del 1999); ma anche ad una decisione della Corte (ord. n. 423 del 2000) o agli atti inviati alla Corte (ord. n. 279 del 2000). Ricordiamoci: *non est in mundo*.

Peraltro, sono note le critiche all'atteggiamento della Corte rispetto alla configurazione della rilevanza.

Essa stessa oscilla tra nozioni assai diverse: tra una forma *soft* - di mera applicabilità della decisione sul giudizio preliminare - ad una forma meno labile di influenza su di esso, fino ad una forma *hard*, di concreta applicabilità, di ‘necessaria applicazione’ della norma impugnata nel giudizio *a quo*: ed è la Corte stessa ad essere sospettata di ricorrere, spesso, ad indagini sulla rilevanza di tipo formalistico¹⁶⁴, in funzione di «intendimenti di equilibrio politico»¹⁶⁵.

Non ho il tempo, ovviamente, per argomentare. Neppure per porre in evidenza – se non con una preterizione - come la stessa nozione di rilevanza muti prospettiva in relazione ad ipotesi assai particolari, che prospettano univoci esiti decisori. Si pensi alla sentenza n. 210 del 2013, con la quale la Corte – nella nota vicenda dei cc.dd. “figli di un Dio minore” del caso Scoppola ha derogato alla propria costante giurisprudenza circa l'inammissibilità di un

¹⁶³ Per un approfondimento sul punto della pregiudizialità e della *lis ficta*, tra i molti, v. F. DELLO SBARBA, *L'inammissibile impugnazione della legge in mancanza di lite pregiudiziale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1301.

¹⁶⁴ Lo rilevano in tanti: per una critica esplicita, v. L. CARLASSARE, «La tecnica ed il rito»: ovvero il formalismo nel controllo della rilevanza, in *Giur. cost.*, 1979, spec. p. 760 ss.

¹⁶⁵ Così F. SPATOLISANO, *Il requisito della rilevanza e l'autonomia del giudizio costituzionale: alcune riflessioni sulla più recente giurisprudenza della corte costituzionale (1977-1982)*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 1469 ss.; la cit. è a pag. 1484.

incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma penale (già) applicata nel giudizio di cognizione. Deroga ‘giustificata’ dal fatto che l’incidente di costituzionalità, sollevato in sede esecutiva, fosse l’unico rimedio rispetto ad una “violazione strutturale” riscontrata in una pronuncia CEDU.

Dico soltanto che tutto ciò, benché vero, non esime il giudice rimettente – proprio al fine di limitare un ‘uso politico della rilevanza’, come si direbbe oggi- dal rendere evidente l’alta probabilità che la norma sospettata di incostituzionalità debba esser applicata al suo processo e la concreta influenza (concreta, si badi, seppur ipotetica) che la decisione della Corte assume pertanto nel suo giudizio.

Il giudice deve compiere uno sforzo argomentativo massimo per evidenziare che il giudizio principale, in assenza di soluzione del dubbio di legittimità costituzionale, non può proseguire.

Quindi: applicabilità ed influenza come binari su cui far scorrere la motivazione della rilevanza da parte del giudice *a quo*: proprio in quanto la rilevanza ha la funzione che non vengano sollevate dai giudici questioni astratte ed accademiche.

Attiene sempre al profilo della rilevanza la corretta scansione del *tempo* dell’ordinanza di remissione, in relazione al giudizio *a quo*.

Si tratta di un profilo di estrema importanza, anche statistica, per le numerose ricadute decisorie che si registrano in relazione ad esso. Il giudice non deve aver fatto già applicazione della norma della cui costituzionalità dubita e sarà quindi manifestamente inammissibile la questione sollevata in un momento nel quale ha ormai esaurito la sua cognizione in relazione alle disposizioni oggetto di censura.

D’altra parte, il giudice non deve solo progettare l’applicazione della norma: la questione, per essere tale, non può prescindere dall’attualità.

Insomma: né già, né non ancora; né troppo presto (questione ipotetica), né troppo tardi (questione irrilevante).

Molti gli esempi possibili, essendo, questo, infortunio assai frequente nelle ordinanze di rimessione.

Se allestito troppo in fretta, l’incidente di costituzionalità rischia di anticipare l’esistenza del potere decisorio, così generando così questioni ipotetiche, prive cioè di un completo supporto di legittimazione del loro autore (o se si vuole - essendo assai labile il confine- prive di oggettiva rilevanza).

Moltissimi gli esempi possibili: solo alcuni per capirci. Alla Corte d’assise di Roma, che, quale giudice dell’esecuzione, prefigurava la (asserita) perdita automatica del beneficio della semilibertà per un detenuto in conseguenza dell’applicazione del regime di isolamento diurno dell’ergastolo– e, per tale ragione, sottoponeva a scrutinio l’art. 72 cod. pen.- la Consulta ha rammentato la natura ipotetica di tale dubbio, dovendo la perdita automatica del beneficio della semilibertà comunque essere delibata dal magistrato e dal tribunale di sorveglianza, competenti per l’eventuale sospensione o cessazione della semilibertà stessa, a norma dell’art. 51-bis dell’ordinamento penitenziario (ord. n. 237 del 1999, Granata-Neppi). Sull’altro versante, quello delle questioni tardive, può dirsi che tale infortunio, che condanna l’ordinanza ad una immediata inammissibilità, è tra i più frequenti. Accade fin troppo spesso che i giudici dubitino della costituzionalità di ciò che hanno appena applicato o, ancor più spesso, sollevano la questione contestualmente all’applicazione. Tra i molti esempi possibili (essendo, questo, infortunio assai frequente nelle ordinanze di rimessione), quello del giudice che ha sollevato questione di costituzionalità delle disposizioni di esclusione del non abbiente al gratuito patrocinio nei procedimenti penali aventi ad oggetto una contravvenzione, dopo aver

rigettato, per tale ragione, l'istanza dell'imputato di contravvenzione di essere ammesso al gratuito patrocinio (ordinanza n. 104 del 1997, n. 104).

3.3. Ricordarsi, quanto alla non manifesta infondatezza, che la discrezionalità è del legislatore (e non della Corte) col solo limite della palese irragionevolezza.

In un decalogo sulla “perfetta” ordinanza di rimessione, non può mancare un richiamo all'art. 28 della l. n. 87 del 1953. Esso stabilisce che il controllo della Corte non è un controllo di natura politica (come temeva l'On. Togliatti, tuonando, in sede di Assemblea Costituente, contro la “bizzarria” di un organo posto al di sopra della rappresentanza politica) ed esclude ogni sindacato della Corte «sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Perché rammentarlo? Perché su quesiti che si traducono in altrettante *political questions* – che, negli Stati Uniti, legittimano il rifiuto di decisione da parte della Corte Suprema in forza del principio di separazione dei poteri- è ben difficile che non venga in rilievo la sfera riservata alla discrezionalità legislativa, che incontra il solo limite della arbitrarietà della palese ed intrinseca irragionevolezza della disciplina. Ed è ben raro che una soluzione normativa si ponga, per dirla con Crisafulli, “a rime obbligate” rispetto ad un valore costituzionale. Ed anche se, in tempi recenti, è assai mutata la concezione della Corte sulle “rimeobbligate” – al punto che, secondo alcuni, la Corte stessa alla fine l'ha rinnegata – ciò vale per i poteri di intervento che la Corte stessa ha ritenuto e ritiene di spendere, ma non vale certo dalla prospettiva del giudice comune. Il quale è obbligato a considerarla.

Ci si potrà, quindi, dolere – e molto- del fatto che il P.M., ad esempio, non possa appellare in abbreviato: resta il fatto che non esiste copertura costituzionale per l'impugnazione in generale, e per quella del P.M. in particolare; che l'appello non è la prosecuzione, con altri mezzi, dell'azione penale e che parità delle parti, nel processo, non significa (né potrebbe mai significare, già logicamente) identità di poteri processuali. L'eventuale, denunciato ‘sbilanciamento’ a favore dell'imputato è davvero arbitrario, intrinsecamente e palesemente irrazionale, non suscettibile di giustificazioni ‘ragionevolmente politiche’?

Ho voluto iniziare dall'esempio dalla ord. 421 del 2001, Ruperto-Flick perché, nell'immaginario collettivo di noi giudici, è spesso diffusa l'idea che il limite della discrezionalità legislativa sia, in qualche modo, assai mobile, evanescente, fungibile da parte della Corte stessa.

Quest'idea si materializza spesso in una richiesta, piuttosto continua, soprattutto di pronunce additive nella materia penale e processuale penale.

Così, non si possono chiedere alla Corte una serie di cose pure indubbiamente ‘giuste’ e sulle quali il consenso degli esseri ragionevoli (alla Perelman) raggiungerebbe un accordo, ma che non sono a ‘rime obbligate’, quanto a soluzioni concrete, bilanciamento di valori diversi, armonie costituzionali diffuse: spetta al legislatore scegliere.

Non si può, quindi, chiedere alla Corte di includere nel catalogo degli atti idonei ad interrompere la prescrizione del reato, anche l'interrogatorio reso davanti alla polizia giudiziaria su delega del P.M.: le è stato già chiesto almeno tre volte (ordd. nn. 178 del 1997; 412 del 1998 e 245 del 1999) e la Corte ha spiegato che è inibita la pronuncia di simili additive, che presuppongono una scelta che l'ordinamento riserva alla esclusiva sfera della discrezionalità del legislatore. Lo stesso vale per la questione volta ad introdurre una nuova ipotesi di sospensione del corso della prescrizione in caso di astensione collettiva dei difensori, perché, anche in tal caso, rileva una «ragionevole ponderazione degli interessi in gioco» spettante al legislatore (ord. n. 51 del 1999, con richiamo alla sent. n. 114 del 1994); e

quando i giudici richiedono alla Corte di rivedere le condizioni di procedibilità dell'appropriazione indebita aggravata *ex art. 61 n. 11 c.p.*, la Corte riafferma la propria costante giurisprudenza secondo cui la scelta del modo di procedibilità dei reati «coinvolge la politica legislativa e deve quindi rimanere affidata a valutazioni discrezionali del legislatore, presupponendo bilanciamenti di interessi e opzioni di politica criminale spesso assai complessi, sindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale solo per vizio di manifesta irrazionalità (ord. n. 354 del 1999, con richiamo alle sent. n. 1 del 1997; 7 del 1987; 216 del 1974). Gli esempi potrebbero continuare a lungo.

Lo stesso si dica per le questioni che involgono scelte generali di organizzazione degli uffici giudiziari (l'ord. n. 201 del 1996, in materia di aumento dei posti in organico agli uffici giudiziari richiesti alla Corte) ovvero scelte di politica criminali, quali l'omesso trattamento sanzionatorio di determinate condotte da parte del legislatore, socialmente riprovevoli o dannose (ord. n. 447 del 1998, nel solco della già richiamata inestensibilità di fattispecie incriminative per il divieto di *reformatio in peius* attraverso la giurisprudenza costituzionale).

So bene che il discorso è teoricamente e casisticamente infinito: e non ho nessuna intenzione – perché non ne ho la minima possibilità di tempo e di spazio- di trasferire la riflessione al vero problema: il controllo, *recte*: i canoni di controllo della arbitrarietà legislativa, della manifesta, intrinseca, evidente irrazionalità delle scelte legislative. Di capire, cioè - per usare la famosa distinzione di Gustavo Zagrebelsky- quando e dove la Corte si limita a riscontrare, in termini di irrazionalità, una 'semplice' contraddizione logica; e dove invece, in termini di irragionevolezza, censura qualcosa di più: la mancata attuazione del valore costituzionale, l'incongruenza legislativa rispetto alla possibilità di realizzare un individuato valore costituzionale.

Le ragioni per aggredire una o più norme che ricadono sotto la sfera di discrezionalità del legislatore – e che dunque possono essere denunciate solo per un chiaro oltraggio alla ragionevolezza – devono essere serie e sostenibili. Probabilmente non sono formalizzabili regole, se non quella generale che non sono certo le ragioni del cuore a spingere una questione verso il suo accoglimento.

3.4. Rammentare sempre il carattere residuale dell'ordinanza di rimessione: l'obbligo di un'interpretazione adeguatrice si pone accanto a rilevanza e non manifesta infondatezza.

Quando tutte le altre strade sono chiuse: quello e solo quello è il momento di imboccare via della Consulta.

Il principio in questione (variamente denominato: "carattere residuale" della questione di legittimità; incostituzionalità come *extrema ratio*; ecc.) impegna il rimettente, sia sul piano strettamente processuale, sia su quello del 'merito'. Quanto al primo aspetto, egli, innanzitutto, dovrà (potrà) deliberare la pregiudiziale costituzionale solo dopo aver conosciuto le altre questioni pregiudiziali e processuali, in quanto la presenza di queste ultime (si pensi, ad es. alla giurisdizione, alla competenza, ecc.) potrebbe, evidentemente rendere ipotetica la questione stessa.

Ma tale regola, all'apparenza assai semplice, lo è molto di meno nella prassi.

Infatti, per un verso, la Corte stessa, modificando il proprio indirizzo a partire dai primi anni '80, è sempre più propensa - nell'effettuare il controllo sulla rilevanza- a verificare anche il profilo della competenza e della giurisdizione, intervenendo quando ne risulti evidente la

mananza¹⁶⁶ (16). Per altro verso, non si può certo pretendere che, in forza di tale principio, il giudice *a quo* adotti la decisione su tutte le questioni preliminari e pregiudiziali con sentenza definitiva, prima di sollevare la questione di costituzionalità. Ciò, come ha evidenziato Augusto Cerri, ciò vorrebbe dire pretendere l'impossibile da parte del giudice¹⁶⁷ (17). Ed allora, ancora una volta, prudente equilibrio: se il profilo della competenza o della giurisdizione sono incerti, il giudice *a quo* - qualora non intenda risolvere tale pregiudiziale prima dell'incidente di costituzionalità - avrà l'obbligo di motivare espressamente sul punto della (ritenuta) propria giurisdizione e/o competenza nell'ambito dell'ordinanza di remissione. La Corte - anche seguendo il proprio nuovo indirizzo giurisprudenziale - potrà, in tal caso, ritenere inammissibile la questione solo nell'ipotesi in cui la motivazione del rimettente sulla giurisdizione e/o competenza del tutto implausibile (la formula usata, in questi casi dalla Corte, infatti, è nel senso della "non implausibilità" - e non della "plausibilità" - della motivazione su competenza e/o giurisdizione).

Ma il carattere "residuale" emerge, come detto, anche sotto altro profilo: quello dell'interpretazione di merito che si richiede al giudice rimettente come interpretazione adeguatrice. La migliore sintesi di tale concetto si rinviene in un famoso passaggio della sent. n. 356 del 1996, allorché l'estensore, Gustavo Zagrebelsky, afferma che «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» Al di là del clamore suscitato dalla pronuncia¹⁶⁸, essa individua un chiaro strumento di sanzione adottato dalla Corte nei confronti di ordinanze frettolose: quello appunto, dell'inammissibilità, che punisce un atteggiamento pigro del rimettente, "reo" di non aver scandagliato ambiti di interpretazione adeguatrice della norma al dettato costituzionale.

La Corte è sembrata adoperare questo meccanismo non già per deflazione (una inammissibilità di questo genere "impegna", spesso, almeno quanto un'interpretativa di rigetto o 'nei sensi di cui in motivazione...')¹⁶⁹, ma un po' per monito ed un po' per suggerimento.

Per monito, perché la Corte si sforza di coinvolgere il giudice in quello che ritiene, alla fine, il suo compito: «verificare, prima di sollevare la questione di costituzionalità, la concreta possibilità di attribuire alla norma denunciata un significato diverso da quello censurato e tale

¹⁶⁶ Esempio: Ord. n. 120 del 1993, Casavola-Mengoni, che ha dichiarato inammissibile la questione proposta dal pretore in sede di provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. adito in ragione della presunta competenza territoriale (luogo in cui stia per verificarsi il fatto dannoso), quando presso altro giudice era già pendente causa per il merito.

¹⁶⁷ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1997, pp. 77-78.

¹⁶⁸ In quel giudizio, infatti, il rimettente richiamava espressamente, a conforto dell'interpretazione sostenuta nell'ordinanza di remissione, una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione: parve, pertanto, non troppo 'leggero' il passaggio della successiva pronuncia della Corte su «qualche giudice» riferito (forse involontariamente, chissà...) alla massima espressione dell'organo della legittimità: su questo specifico punto - ma anche per i profili più generali - cfr. F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.* 2000, p. 195. Sulla sent. n. 356 del 1996, cfr. E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»? ivi*, 1996, p. 3107: all'acutezza di questa Autrice si deve, appunto, il conio della felice denominazione delle «sentenze interpretative di inammissibilità».

¹⁶⁹ Sembrano, in proposito, assolutamente non credibili le ragioni che, talora, una parte della dottrina adduce per spiegare le ragioni di tale tipologia di pronunce, quali, ad esempio, la situazione di difficoltà della Corte per arretrato, ritardo nella nomina di qualche giudice, ecc.: vedi ad es. A. CARDONE, *Ancora sulla dichiarazione di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 42 (nota all'ord. n. 3 del 2002).

da superare i prospettati dubbi di legittimità costituzionale», per dirla con **ld** n. 322 del 2001, Ruperto-Marini.

Un po' per suggerimento, in quanto, in tal modo, la Corte ripristina quello che io definirei il "circolo virtuoso" dell'interpretazione costituzionalmente corretta, che ricomincia dal basso, dai giudici di merito. Essa spiana la strada: senza il trauma dell'espunzione (e, dunque, ribadendo la regola ferrea e non scritta della conservazione dell'ordinamento), ma anche senza ricorrere alle 'interpretative di rigetto', strumento cui la Corte ha forse abusato nei decenni passati. Si ripristina insomma una lettura in sintonia con i valori costituzionali, nel senso del "monito Zagrebelsky"¹⁷⁰. Certo è che il "monito Zagrebelsky" è stato assai duro. Il suo «risvolto processuale» (come lo chiama Valerio Napoleoni) di quella affermazione era l'adozione della pronuncia di inammissibilità non solo ogni qual volta il giudice avesse ommesso la ricerca di una soluzione conforme a Costituzione, ma – di più – anche quando non avesse adeguatamente dimostrato una vera e propria "impossibilità" di una tale ricerca.

Detto, altrimenti: per essere ammissibile la questione, il giudice avrebbe dovuto dimostrare, con uno sforzo totale, l'assoluta impossibilità di seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta, scorrendo il novero di tutte le interpretazioni possibili ed

¹⁷⁰ I giudici sono stati (e, probabilmente, sono ancora) assai dubbiosi su questa "pedagogia del valore costituzionale", che pure li sollecita a fare uso oculato dei propri poteri interpretativi: ne è prova il fatto che più di uno, in esito ad una interpretazione adeguatrice con una sentenza di inammissibilità, ha riproposto la questione, mostrando di rifiutare l'indirizzo ermeneutico dettato dalla Corte. Ne è seguita una pronuncia di manifesta infondatezza della questione (es.: ord. n. 258/2000). Ma la Corte sa anche compiere gesti di umiltà: è accaduto, ad esempio, con la sentenza n. 319 del 2000 (Mirabelli-Marini) È la nota vicenda del fallimento dei soci illimitatamente responsabili defunti o cessati e del termine di efficacia della dichiarazione del fallimento nei loro confronti. La Corte ha preso atto che, dopo un proprio 'suggerimento' di interpretazione adeguatrice (sent. n. 66 del 1999), sia la magistratura di merito che quella di legittimità avevano perpetuato una precedente esegesi restrittiva: ne è seguita una decisione di merito fondata sul presupposto interpretativo della magistratura "riottosa" e motivata, appunto, dall'esigenza di «...evitare il perpetuarsi di una grave incertezza interpretativa, che l'esame della sollevata questione ... venga questa volta condotto sulla base della diversa interpretazione della denunciata normativa, consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità ed assunta dai rimettenti quale diritto vivente» I passaggi di questa interessantissima vicenda possono così meglio esplicitarsi : a) la Corte premette che le ordinanze di rimessione muovono tutte dalla pronuncia con cui questa Corte, nel dichiarare non fondata una analoga questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 della legge fallimentare, ha affermato che «la disposizione denunciata va interpretata nel senso che, a seguito del fallimento della società commerciale di persone, il fallimento dei soci illimitatamente responsabili defunti o rispetto ai quali sia comunque venuta meno l'appartenenza alla compagine sociale può essere dichiarato solo entro il termine, fissato dagli artt. 10 e 11 della legge fallimentare, di un anno dallo scioglimento del rapporto sociale» (sentenza n. 66 del 1999); b) I rimettenti (Tribunali di Palermo, Bologna e Milano, che aveva dimenticato di indicare il parametro (art. 3 Cost.) in dispositivo...) escludono, per motivi diversi, che l'interpretazione adeguatrice sopra riferita sia direttamente applicabile alle diverse fattispecie sottoposte al loro giudizio, sostenendo che la norma - per diritto vivente- prevede, in caso di fallimento di società, anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili pure se abbiano perso tale qualità, per trasformazione del tipo sociale, da oltre un anno, mostrandosi, così, da parte dei giudici -scrive la Corte- «un'evidente contrarietà ad abbandonare l'interpretazione restrittiva (della norma) da lungo tempo consolidata in sede di legittimità»; c) poiché, secondo l'interpretazione prospettata dai rimettenti, la norma di cui agli artt. 10 e 11 della legge fallimentare non può intendersi riferita -come si è visto- anche al fallimento in estensione del socio, ne consegue l'illegittimità costituzionale dell'art. 147, primo comma, della legge fallimentare, nella parte in cui prevede che il fallimento della società produce il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, pur dopo che sia decorso un anno dal momento in cui costoro abbiano perso per qualsiasi causa la responsabilità illimitata; d) la Corte aggiunge, infine, un monito al legislatore: «Va precisato, ancora una volta, che ben potrebbe il legislatore - nel bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche -fissare, per la assoggettabilità al fallimento dei soci illimitatamente responsabili, un termine diverso da quello annuale previsto dagli artt. 10 e 11 della legge fallimentare. Laddove evidente appare che, da parte di questa Corte, il rilevato vizio di illegittimità costituzionale non possa essere sanato in altro modo che uniformando, sul punto, la disciplina del fallimento del socio illimitatamente responsabile a quella dettata per l'imprenditore individuale o collettivo dai menzionati artt. 10 e 11 della legge fallimentare».

evidenziando la loro impraticabilità: la proposizione dell'incidente risultava essere l'esito – come scrive Zagrebelsky – del 'fallimento interpretativo' da parte del giudice comune.

Le cose sono molto mutate negli ultimi anni e la Corte – forse consapevole di una eccessiva severità rispetto alla giurisdizione ordinaria e del conseguente 'disamore' dei giudici comuni verso l'incidente di costituzionalità – ha mutato radicalmente prospettiva.

La Corte è intervenuta proprio su tale rigoroso presupposto, mitigandolo molto.

Lo aveva già scritto Franco Modugno, qualche anno prima¹⁷¹: al giudice comune non si dovrebbe richiedere «propriamente un convincimento intorno all'incostituzionalità della legge, bensì un convincimento tanto sulla difficoltà di esperire con successo l'interpretazione conforme della disposizione, quanto sulla probabilità che la Corte abbia a sancire l'incostituzionalità della norma». In breve, più che richiedere il presupposto della constatata impossibilità di una i. c., dovrebbe essergli richiesto solo di dar conto di una difficoltà di essa: sarebbe stato meglio dire «perché è difficile, è improbabile darne interpretazioni costituzionali».

Con questi illustri ed illuminati *input* dottrinali (che poi saranno anche interni), la Corte muta giurisprudenza. Si inizia nel 2014, con la sentenza n. 235, ove si sottolinea che la non condivisione della possibile soluzione ermeneutica conforme a Costituzione, in quanto sufficientemente argomentata, «non rileva più in termini di inammissibilità – ma solo, in tesi, di eventuale non fondatezza – della questione in esame». Si prosegue con la sent. n. 51 del 2015, ove si afferma che «per aversi una questione di legittimità validamente posta, è sufficiente che il giudice *a quo* fornisca un'interpretazione non implausibile della disposizione contestata», per affermarsi poi (sent. n. 221 del 2015), che «la possibilità di 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». Affermazioni, queste, che – unite ad altre coeve¹⁷² – preparano alla affermazione esplicita di due pronunce: la sentenza n. 262 del 2015 (est. Sciarra) ove si legge, in una motivazione molto secca, che «ai fini dell'ammissibilità della questione, è sufficiente che il giudice *a quo* esplori la possibilità di un'interpretazione conforme alla Carta fondamentale e, come avviene nel caso di specie, la escluda consapevolmente» e, soprattutto, da quella maggiormente completa ed esaustiva sul punto, la sentenza n. 42 del 2017, non a caso estesa da Franco Modugno¹⁷³. In essa si afferma – compiendo una forte correzione del principio enunciato più di venti anni prima nella sentenza Zagrebelsky – che

«se “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)” (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare una interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela (...) necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile».

¹⁷¹ 21 F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, pp. 68 e poi in: *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 18 aprile 2014.

¹⁷² Sentt. n. 262 del 2015, 36, 45, 95, 111, 173, 204, 219 del 2016.

¹⁷³ Quanto ai seguiti conformi, v. sentt. n. 53, 69, 180, 194, 208, 213, 218, 254 del 2017, nn. 15 e 40 del 2018.

In breve, mentre prima si esigeva dal Giudice comune, pena l'inammissibilità, la dimostrazione di aver considerato tutte le ermeneutiche ipotizzabili e l'assoluta impraticabilità/impossibilità di ciascuna di esse ai fini dell'armonia con il parametro costituzionale, oggi si richiede (non già la dimostrazione dell'impossibilità, ma) la prospettazione della improbabilità, della difficoltà di una interpretazione *secundum Constitutionem*, eventualmente da vagliare poi nel merito. Un grande sollievo per il giudice a quo, evidentemente.

3.5. Ricercare il diritto vivente.

Naturalmente, anche questa attività richiesta al giudice *a quo* di assegnare, tra più interpretazioni possibili, la prevalenza a quella in sintonia con la Costituzione, trova limiti ed incontra difficoltà.

Non sempre, infatti, esistono alternative interpretative praticabili, poiché esiste un diritto vivente.

Con esso si intende, in senso proprio e tradizionale, «un significato normativo di disposizioni legislative fatto proprio da un orientamento stabile e diffuso nella giurisprudenza, specie nelle supreme magistrature»¹⁷⁴ (24), tale da costituire esegesi univoca e costante, non contraddetta, della norma ricavata dalla disposizione.

Orbene, l'esistenza di un diritto vivente rappresenta evidente eccezione alla regola del previo tentativo obbligatorio di interpretazione adeguatrice: in tal caso «il giudice è liberato dall'obbligo di interpretazione adeguatrice, senza che l'omesso tentativo di interpretare *secundum Constitutionem* si traduca automaticamente in una causa di inammissibilità della questione sollevata»¹⁷⁵.

Dunque, in termini di priorità logiche, sul punto, il giudice *a quo* dovrà: a) verificare l'esistenza o meno di un diritto vivente sul punto di diritto che deve applicare, b) in caso negativo (e cioè in assenza di un diritto vivente), dovrà prescegliere l'interpretazione adeguatrice, conforme a Costituzione e non sollevare la questione; c) in caso positivo, dovrà sollevare questione, se ritiene che il diritto vivente sul punto è, a suo avviso, costituzionalmente dubbio.

In realtà, questa “elementare” sequenza scatena alcuni interrogativi, ognuno dei quali di grande complessità teorica.

Innanzitutto: se a ‘scriminare’ il giudice pigro è l'esistenza di un diritto vivente, il problema pare solo spostato. Infatti: quando può ritenersi (*recte*: quando la Corte ha ritenuto) sussistere il diritto vivente? Ancora: posto che la stessa Corte ha configurato, drasticamente, la ricerca di un'interpretazione adeguatrice come un vero e proprio obbligo in capo al giudice¹⁷⁶, cosa accade quando si fronteggiano due possibili opzioni interpretative “alla pari”?

¹⁷⁴ Così A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione*

e dottrina del diritto vivente, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1083

¹⁷⁵ Efficacemente, A. CARDONE, *op. cit.*, p. 37, sulla scorta, peraltro, della ord. n. 314 del 1999.

¹⁷⁶ Adele ANZON, *op. cit.*, p. 1084, si è presa la cura delle citazioni delle formule testuali dalle pronunce della Corte sul punto: ad es., nella sent. n. 121 del 1994: «...di fronte a più possibili interpretazioni di un sistema normativo, essi (i giudici) sono tenuti a scegliere quella che risulti conforme a Costituzione»; sent. n. 420 del 1994: «il giudice deve sempre privilegiare» o (sent. 19 del 1995) «è tenuto ad adottare»; fino alla perentorietà delle sent. nn. 138 e 139 del 1998, le quali, come nota l'A., «pur senza una allusione specifica al giudice a quo, dichiarano, con una formulazione generale e particolarmente drastica» che “...il principio di superiorità della Costituzione impone ai giudici di scegliere tra più soluzioni astrattamente possibili quella

Cosa accade, insomma, a fronte di due possibilità esegetiche, entrambe «non arbitrarie e condivisibili dal giudice *a quo*, una astratta e conforme a Costituzione, l'altra invece costituente diritto vivente e costituzionalmente dubbia»?

Per usare le parole di Adele Anzon, il giudice *a quo* è stretto in una morsa: «dovrebbe, secondo la dottrina dell'interpretazione conforme, scegliere la prima, secondo quella del diritto vivente (o, meglio per i riflessi che questa esplica su di lui) la seconda»¹⁷⁷.

Come uscirne?

Per rispondere, conviene tornare, innanzitutto, alla nozione di diritto vivente: poiché, ad analizzare (per vero, con metodo certosino...) la giurisprudenza della Corte, essa fornisce tracce utili.

Diritto vivente è quello non contraddetto dalla Cassazione; ma non è necessariamente quello scaturente dalla Cassazione: la famosa (per i colleghi civilisti) ordinanza n. 3 del 2002 – che ha dichiarato inammissibile la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 180 c.p.c.¹⁷⁸ – era stata sollevata sulla base della lettura della norma in questione data dalla Cassazione con la sentenza n. 6808 del 24 maggio 2000. D'altra parte, era già accaduto che l'ordinanza di rimessione fondasse la non manifesta infondatezza addirittura su di una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione¹⁷⁹. Quindi, a meno che non si tratti di indirizzo consolidato, il 'diritto vivente' può prescindere dalla Cassazione: una sola sentenza di quest'ultima non è diritto vivente¹⁸⁰. Non lo è neppure quello desunto o desumibile da prassi amministrative, circolari, regolamenti esecutivi¹⁸¹. Piuttosto, per il giudice *a quo* sarà più prudente verificare se, sul punto controverso, si sia formato «un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza» (sent. n. 77 del 1997, Granata-Vassalli) ovvero si registri una «talmente consolidata giurisprudenza della Cassazione (da assurgere a diritto vivente)» (sent. 206 del 1997, Granata-Vassalli) ovvero si riscontri una «giurisprudenza dominante» (sent. n. 110 del 1995, Baldassarre- Granata): in tutti questi casi, infatti, i giudici della Consulta hanno utilizzato precise aggettivazioni, per denotare il "diritto vivente". È diritto vivente quello risultante dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Accertata la sussistenza del quale, il giudice *a quo* modula la possibilità o meno di instaurare l'incidente di costituzionalità.

Quindi, in realtà, la sequenza prima esaminata si focalizza meglio e si inverte. Il giudice *a quo*, infatti: *i*) dapprima, ricerca di un eventuale diritto vivente sul punto controverso; *ii*) in relazione a ciò, verifica la possibilità di un'interpretazione adeguatrice, che diviene, pertanto, eventuale; *iii*) adotta, quindi, la decisione sull'incidente.

Perché – e concludo sul punto – l'interpretazione adeguatrice diviene eventuale?

che pone la legge al riparo da vizi di legittimità ..” ovvero che “...il principio di superiorità della Costituzione...vieta ai giudici, in presenza di più interpretazioni possibili, di adottare quella che farebbe risultare la disposizione della legge in contrasto con la Costituzione”».

¹⁷⁷ A. Anzon, *op. cit.*, p. 1085.

¹⁷⁸ ...secondo cui il giudice è sempre, salva rinuncia delle parti, tenuto a fissare l'udienza di prima trattazione per gli adempimenti di cui all'art. 183 c.p.c. e ad assegnare al convenuto, anche contumace, il termine per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

¹⁷⁹ Come accaduto, ad esempio, per l'ord. n. 27 del 2000, Vassalli- Contri, di manifesta inammissibilità rispetto ad una censura nella quale il giudice *a quo* aveva prospettato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 163, terzo comma, numero 2), 164, secondo comma, e 359 del Codice di procedura civile, per violazione dell'art. 24 della Costituzione, richiamando e facendo proprie le argomentazioni espresse dalla Corte di cassazione, Sezioni unite, nella sentenza n. 11394 del 1996.

¹⁸⁰ V. sul punto, tra i molti, F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, spec. p. 201.

¹⁸¹ Ad es., in senso negativo: per la prassi, sent. n. 83 e 234 del 1996 e 65 del 1999; per il regolamento, sent. 289 del 1996; in generale, sent. 484 del 1993.

Perché – e così cerchiamo anche di rispondere al dubbio di Adele Anzon- nonostante ad essa sia obbligato il giudice, da costui non si può pretendere un ‘sacrificio’ fino alla prostrazione. Adottare, infatti, un’interpretazione adeguatrice antitetica ad un diritto vivente tetragono (senza, cioè, impugnare quest’ultimo), può voler dire mandare al patibolo l’esegesi costituzionalmente orientata: quest’ultima non avrebbe alcuna possibilità di sopravvivere, nei gradi ulteriori di giudizio, all’interpretazione tranchant degli organi delle impugnazioni.

Pertanto, è proprio il principio della supremazia della Costituzione ad esigere talvolta – come accade nei giochi logici del diritto- la sua inosservanza, per la sua stessa sopravvivenza stessa: in caso contrario – se, cioè, il giudice si limitasse alla “ribellione” al diritto vivente con una sterile interpretazione adeguatrice - si finirebbe, di fatto, per perpetuare un diritto sì vivente, ma “poco” costituzionale ed il dubbio su di esso non potrebbe mai vedere la luce. Ancora una volta, è un gioco sottile di equilibri perfetti: meraviglioso – mi rendo conto- per chi lo osserva da Palazzo della Consulta o da un’aula di università, forse meno per chi lo vive nella trincea.

3.6. Ricordarsi che il giudizio di comparazione, ai fini della ragionevolezza, ha suoi presupposti ed una sua logica.

L’uso del *tertium comparationis* ha, nelle ordinanze di rimessione, un suo intrinseco fascino, oltre che una sua logica precisa. Ne parlo per segnalarne le insidie.

Infatti, se sillogismo deve essere, è necessario che sia ferreo: il *tertium* non è una ‘somialianza’; è qualcosa non ‘di più’, ma di diverso: è un gemello eterozigoto della norma sospettata di incostituzionalità.

E quanto più è stringente questo legame di uniformità (senza che si pervenga alla coincidenza, tuttavia: intuitivo), tanto più aumenteranno le possibilità di successo della questione, perché tanto più vistosa sarà l’irragionevolezza del diverso trattamento normativo. La scelta del *tertium* è dunque delicata, quanto fondamentale, perché in essa è già contenuta la relazione, è già prospettata la carambola logica, la sponda isometrica cui agganciare la ‘manifesta irragionevolezza’ nel trattamento impari.

La Corte parla di “pertinenza nel raffronto” (ord. n. 9 del 1999), che viene meno quando il legame logico vacilla: allorquando, ad esempio, si denuncia il trattamento sanzionatorio previsto per la conduzione di imbarcazione per scopo da diporto senza la prescritta abilitazione, raffrontata al trattamento previsto per la navigazione per scopo lucrativo senza il prescritto titolo professionale (la cit. ord. n. 9 del 1999). In poche parole: non basta una “assonanza” di materie per creare il ponte logico: occorre un motivo comune, in questo caso inesistente per l’evidente divaricazione tra navigazione da diporto e navigazione a scopo professionale e di lucro.

Così, il raffronto sanzionatorio tra violazioni concernenti la tutela delle zone di particolare interesse ambientale e violazioni in materia urbanistica ed edilizia non sarà idoneo a fini comparativi (ord. n. 24 del 1999, con richiamo alla sent. n. 145 del 1997); o tra violazioni diverse del medesimo codice della strada (ord. 58 del 1999) o tra liberi professionisti e lavoratori autonomi (e, tanto meno, lavoratori subordinati) ai fini della disciplina della ricongiunzione, risultando «la eterogeneità ed incomparabilità delle situazioni poste a raffronto» (sent. n. 61 del 1999).

Insomma, occorre guardar lontano: non nascondersi, da parte del giudice *a quo*, dietro opzioni personali, creando su di esse un raffronto lasco e perdente¹⁸² e neppure dimenticare diversità talora strutturali di fenomeni: la guida dei motoveicoli è di «strutturale diversità» - ha detto la Corte, ord. n. 298 del 1999- rispetto alla guida di tutti gli altri veicoli. Capisco quanto sia difficile e sono qui appunto per dirlo. Il raffronto di pertinenza involge un'omogeneità assai rara: anche in questo caso, o la selezione è rigorosa ed oculata ovvero è preferibile aggredire la norma senza il ricorso al metodo del raffronto di discipline che, se bocciato, determina la fine.

3.7 Ricordarsi di non “usare” mai la Corte.

Cosa significa “usare la Corte”?

Ce lo dice lei stessa, ad esempio, nella già citata sentenza n. 110 del 1995, Baldassarre-Granata. Con tale pronuncia, la Consulta disattende, in limine, un'eccezione di inammissibilità formulata dall'Avvocatura, cogliendo l'occasione per una importante precisazione di metodo. Scrivono i Giudici: «(...) ciò che - come più volte puntualizzato- non può richiedersi, attraverso il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, è una sorta di "revisione in grado ulteriore dell'interpretazione offerta dalla Cassazione" (sentenze nn. 271 del 1991; 456 del 1989; ordinanza n. 410 del 1994), "attribuendo a questa Corte un ruolo di giudice della impugnazione che non le compete" (ordinanza n.44 del 1994); mentre quando (...) il giudice a quo assuma tale interpretazione in termini di «diritto vivente», allora è «consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali» (sentenza n. 456 del 1989)».

Dunque: l'uso improprio dell'ordinanza di rimessione è innanzitutto quello di “appellarsi” alla Corte per chiedere la revisione di un indirizzo interpretativo della Cassazione, che è cosa assai diversa dall'assumere il ‘diritto vivente’ quale piattaforma su cui collocare il dubbio di costituzionalità.

In generale: non si adisce la Corte per ottenere da essa un avallo interpretativo.

È, questo, un nodo assai dolente: sono in difficoltà a citare una sterminata giurisprudenza sul punto, risultando questo “errore” da parte dei giudici non sempre involontario e, comunque, frequentissimo.

La Corte lo ha censurato ripetutamente, ad esempio:

quanti i rimettenti - spacciando per diritto vivente una pura prassi degli uffici giudiziari-manifestavano, in realtà, un dubbio interpretativo, peggio, la censura per una prassi giudiziaria (sent. n.1 del 2002, Ruperto-Bile, in tema di comunicazione, da parte delle cancellerie dei tribunali per i minori dei provvedimenti ablativi della potestà genitoriale); quando, pur essendo palese che lo stesso rimettente fosse consapevole di altre possibili interpretazioni, l'incidente veniva proposto solo al fine di ‘provocare’ l'esegesi della Corte (la già cit. sent. n. 3 del 2002 sull'art. 180 c.p.c.); ovvero quando il rimettente, a fronte di normative ‘nuove’, è mosso, nell'adire la Corte, da una palese incertezza del ‘nuovo’: comprensibile, ma non giustificabile (es. ord. n. 89 del 2002, Ruperto-Flick, a proposito della normativa ‘ponte’ sul giusto processo).

Ma si usa la Corte anche quando, non apprezzando talune sue decisioni, la si adisce quale giudice di appello di se stessa, impugnando una sua precedente pronuncia ed ingaggiando,

¹⁸² Come, ad esempio, il raffronto istituito tra il rito ordinario e quello speciale del lavoro, assumendo «il primo a modello di perfezione cui l'altro, pena l'incostituzionalità, sia tenuto ad adeguarsi»: così la massima dell'ord. n. 191 del 1999.

magari, una sorta di conflitto personale. È quanto emerge, ad esempio, dall'ord. n. 58 del 2002, Rupert-Neppi¹⁸³.

3.8 Rammentare che non vanno censurate situazioni di fatto: occorre reperire il diritto per censurarlo.

La Corte non è un onnipotente risolutore di ogni disfunzione normativa, né l'intelligenza celeste che elimina ogni contraddizione dal sistema: è solo il giudice delle leggi.

Sembrano dimenticarlo – omaggiando l'organo di una onnipotenza che, per fortuna, non possiede – quanti sottopongono questioni di mero fatto o situazioni patologiche derivanti da distorte prassi applicative ed inefficienze di sistema e non già dal dettato normativo, cui non è direttamente e necessariamente ricollegabile l'effetto denunciato.

Orbene, attraverso l'ordinanza di rimessione occorre spingersi al massimo sforzo esegetico per separare la gramigna, anche quando è alta e si confonde con il grano: per distinguere, cioè, gli effetti perversi della realtà fattuale dallo 'spirito maligno', direbbe Guido Calabresi, dell'incompatibilità costituzionale.

Non è semplice: ed, anzi, comprendo essere assai istintivo, ad esempio, additare alcuni meccanismi processuali (evenienza statisticamente sempre più frequente dinnanzi alla Corte, negli ultimi tempi) come causa, ad esempio, della violazione della ragionevole durata del processo. Ma le cancellerie ingolfate, i ruoli che scoppiano, i giudici insufficienti, i rinvii siderali, gli abusi di garanzia nel processo, le tecniche dilatorie di qualche avvocato ecc. non sono nelle norme, ma nelle cose, nei "fatti" che la Corte non giudica. Ed è inutile insistere: occorre solo attenzione nella cernita.

Molti gli esempi possibili¹⁸⁴:

la doglianza di chi lamenta, in tema di liquidazione degli onorari dei collaboratori dei periti, l'impossibilità di applicare "tariffe non giudiziarie e gli usi", non esistendo –dice il giudice a quo- prestazione d'opera che non possa essere valutata alla stregua del criterio di cui all'art. 4 della legge n. 319 del 1980, cioè per vacanze (con la ord. 128 del 2002, Rupert-Vari: la Corte rileva che si tratta, appunto, di una eventualità di fatto e che l'inadeguatezza è di tipo legislativo; la notissima censura dell'art. 181 c.p.c., 'responsabile' dei ritardi della giustizia civile, secondo la censura rigettata da una ordinanza (n. 137 del 2002, Rupert-Contrì), nella quale la Corte, richiamando la propria precedente giurisprudenza sul punto (es. ord. n. 32 del 2001), ammoniva che «il legislatore, nel regolare il funzionamento del processo, dispone della più ampia discrezionalità, sicché le scelte concretamente compiute sono sindacabili soltanto ove manifestamente irragionevoli" e che, soprattutto "i lamentati inconvenienti di fatto derivanti dall'applicazione di norme non possono costituire unico fondamento di questioni di legittimità costituzionale" (ordinanza n. 7 del 1997)»; la censura che ha denunciato l'art. 2 del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n.1404 (Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni) nella parte in cui prevede che il collegio deve essere costituito con la presenza di due componenti privati, uno di sesso maschile ed uno di sesso femminile- lamentando, in sostanza, la crescente difficoltà di reperire giudici di sesso femminile ed evidenziando

¹⁸³ Il rimettente era il Tribunale di Verona, sezione distaccata di Soave, che sollevava, in riferimento agli artt. 3, 25 e 97 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, come integrato dalla sentenza n. 186 del 1992, nella parte in cui prevede l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che negli atti preliminari al dibattimento abbia respinto la richiesta di applicazione della pena concordata ex art. 444 cod. proc. pen.

¹⁸⁴ Per un'ulteriore esemplificazione, cfr *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2002, p.50 ss.

l'anacronismo di una norma risalente all'epoca della preclusione della magistratura alle donne; doglianza alla quale una piccata ordinanza redatta da Fernanda Contri (n. 172 del 2001, Pres. Ruperto) ha risposto ponendo in risalto, per un verso, l'attualità della norma¹⁸⁵ e, per altro verso, che «le difficoltà denunciate dal rimettente nella formazione dei collegi giudicanti costituiscono inconvenienti di mero fatto, che in quanto tali non assumono rilievo nel giudizio di legittimità costituzionale». La casistica potrebbe continuare a lungo: scorrendola, si trae il convincimento che l'affermazione secondo cui la Corte è giudice dell'applicazione della norma al «caso della vita» oggetto del giudizio principale sia spesso equivocata. La 'concretezza' del giudizio costituzionale – pure presupposta dal meccanismo dell'«incidente» adottato nel nostro sistema – non significa che la Corte assuma nel proprio alveo decisionale ogni distonia applicativa e che rinunci – come dire – alla prospettiva generale della delibazione della norma, sia pure nella sua concreta applicazione. Occorre sempre ricordarlo, all'atto di sollevare una questione.

3.9 Prospettare un'ordinanza di rimessione chiara, compiuta, risoluta, precisa, determinata.

Non parliamo di stili letterali o giudiziari, in dimensione estetica; parliamo di profili strutturali del provvedimento di rimessione in funzione della sua ammissibilità. Perché la questione – rispettivamente, in senso contrario al titolo – oscura, ancipite, perplessa, contraddittoria, eventuale (o anche ipotetica) è quella che genera un'inammissibilità da grande epidemia, con la percentuale più intensa di mortalità prima del merito tra le ordinanze di rimessione.

Ma il vero interrogativo è un altro: le patologie dell'ordinanza (o, se si vuole, i suoi corretti requisiti meta-formali) sono in qualche modo definibili senza troppa approssimazione, senza che si instauri solo un evanescente gioco di parole?

Come dire: è possibile sapere con precisione quando un'ordinanza è oscura o perplessa?

Questo è esattamente quello che vorrebbero sapere i giudici – i 'paletti' formali, insomma – e questo è ciò che la Corte spesso non afferma in via definitiva e generale, ma attraverso una casistica teratologica che, tuttavia, aiuta a capire.

Così, sarà oscura la questione allorquando «il rimettente non chiarisce quale sia l'ipotesi applicativa della disposizione censurata, tra quelle reputate *contra Constitutionem*, alla quale egli è necessariamente tenuto a far ricorso» (ord. n. 158 del 1999) ed è, oltre che tale, anche perplessa allorquando l'ordinanza di rimessione «non effettua la necessaria scelta interpretativa sulla portata della norma denunciata e prospetta il dubbio facendo riferimento ad un'ipotesi di interpretazione, senza motivare in ordine ad essa per farla propria» (ord. n. 372 del 1999); ed è ancipite allorquando la questione è fondata su due diverse interpretazioni, senza che il giudice indichi quale intende accogliere (ord. n. 458 del 1998).

Segnalo un paradosso sintomatico: il nostro sistema vuole che il giudice esprima un dubbio di costituzionalità; ma vuole che sia un dubbio espresso in termini di certezza nella sua effettiva individuazione: non deve essere un dubbio perplessa, quanto piuttosto un dubbio assertivo. Un dubbio, inoltre, che sia privo di contraddizione, che non generi

¹⁸⁵ Afferma la Corte sul punto: «...deve tuttavia osservarsi che per effetto dell'ammissione delle donne alla magistratura - disposta con la citata legge n. 66 del 1963 - la ratio legis della norma impugnata non è divenuta anacronistica, come sostiene il giudice rimettente, bensì ha assunto un diverso significato, consistente, come si è già precisato, nell'assicurare che le decisioni del tribunale per i minorenni siano adottate con apporti di carattere scientifico e, al tempo stesso, con una completa proposizione di prospettive e di analisi...»

confusione con altri dubbi: così sarà questione alternativa (e come tale inammissibile) quella in cui non risulta chiaro «se, rispetto ad altra questione sollevata con la medesima ordinanza di rimessione, essa si collochi in linea subordinata, o alternativa, o successiva» (ord. n. 286 del 1999).

Questo è un profilo assai delicato. Spesso i giudici rimettenti riversano, in motivazioni copiose, una cospicua quantità di questioni, perdendo di vista l'obiettivo: la norma, una ed una sola, che devono applicare in quel momento a quel giudizio. La Corte fa un grande sforzo – e non è un modo di dire – per salvare l'incidente di costituzionalità in questi casi: ma a condizione che l'ordinanza rispetti le minime regole logiche che impongono, nella sequenza di questioni prospettate, il principio della subordinazione dell'una con l'altra. Altrimenti il destino è segnato: se il giudice *a quo* prospetta diverse ed alternative questioni interpretative, legandole a diversi ed alternativi dubbi di costituzionalità si è “giocato” per ciò stesso la rilevanza della sua questione. Significa, come spesso ha chiarito la Corte, che egli «non esprime una propria scelta interpretativa sì da consentire la verifica della rilevanza della questione di legittimità costituzionale» (ord. 333 del 1999).

Dunque: concentrare.

Anche per ciò che riguarda l'oggetto: la questione riferita ad un intero *corpus* normativo (lo si è fatto spesso: ad es. per il procedimento speciale per decreto ingiuntivo: ord. n. 97 del 2000) è manifestamente infondata, perché generica e perché compete al giudice individuare all'interno di un corpus normativo l'effettivo virus infettante.

Lo stesso effetto si ha allorché si richiede una pronuncia “manipolativa di sistema” (come le chiama la Corte). È grande, cioè, l'insidia di una richiesta apparentemente diretta verso una specifica norma, ma in realtà eversiva (manipolativa) di un intero *corpus* normativo.

Analogo discorso è stato fatto quando si è chiesto che la facoltà di una verifica tecnico-scientifica dello stato di ebbrezza fosse dalla Corte trasformato in obbligo (ord. n. 107 del 2000): anche in tal caso, l'effetto manipolativo, giocato su di una parola (e non su di un intero *corpus* normativo) non è meno dirompente e, quindi, inammissibile.

Dunque: prospettarsi sempre (e, possibilmente, prospettarlo nella stessa ordinanza) l'effetto che si vuol conseguire con la pronuncia richiesta; verificare se tale effetto è congruo o meno al “caso della vita” in decisione nel giudizio principale, al problema di diritto da dover decidere. Precisione e determinatezza si devono riferire non soltanto alla questione in sé, ma anche all'effetto richiesto. Perché i casi di *aberratio* sono assai frequenti e sono, appunto, quelli in cui è errata l'individuazione della norma rispetto all'evento voluto dal giudice rimettente: quand'anche accolta, la questione non risolverebbe il dubbio del rimettente o perché non disciplina la fattispecie dedotta nel giudizio a quo (es. ord. n. 478 del 2000) o perché la censura è estranea al contenuto precettivo della disposizione di cui si denuncia l'illegittimità costituzionale (es. ord. n. 514 del 2000) ovvero in quanto le norme impugnate attengono a profili comunque estranei alla quaestio che il rimettente si prospetta (ord. n. 230 del 2000), nel senso che l'effetto censurato non discende da quella norma.

Ecco perché dalla disposizione occorre tirare fuori la norma concreta da applicare; ma, da quest'ultima, occorre tirar fuori - immaginare, insomma, da parte del giudice a quo - l'effetto perseguito con l'incidente di costituzionalità.

3.10. Non ritenere finito il proprio compito con l'emissione dell'ordinanza: il "molto" a valle quasi sempre trascurato.

Il record è certamente quello dell'ordinanza di rimessione da cui è originata l'ord. n. 202 del 2001: venti anni esatti, dal momento della pronuncia all'arrivo degli atti alla Corte. Seguono tempi di onorevole ritardo nella trasmissione: tredici anni (ord. 348 del 1996); dodici (ord. 196 del 1997); undici (302 del 1997); otto anni (90 del 2000) sette anni (142/97; 275/1999; 72/2000); cinque anni (346 del 1996).

Sono patologie non probanti, è vero; ma è reale anche una sorta di 'spossatezza' dei rimettenti, una volta redatta l'ordinanza: quasi che tutto il resto pertenga alle cancellerie ed alla Corte.

Non è esattamente così: nel senso che occorre che il giudice vigili, su adempimenti e tempi.

A proposito di questi ultimi, c'è un mito da sfatare: se è vero che, ancora nell'autunno del 1987, al congresso di Trieste dei costituzionalisti, la 'pregiudizialità costituzionale' fu definita un 'flagello' per la giustizia, poiché i tempi di decisione variavano dai tre ai sette anni¹⁸⁶, oggi la Corte riesce a decidere in pochi mesi. Uscita dal tunnel del processo Lockheed e dopo la straordinaria "cura Saja", la Corte ha sostanzialmente azzerato, oggi, l'arretrato per i giudizi incidentali: risultato prestigioso, se si considera la marea di conflitti di attribuzione instaurati dalle regioni, specie dopo la riforma del titolo V ed anche la delicatezza 'politica' di talune questioni.

Dico questo perché se i giudici rimettenti si mostrassero davvero solleciti nel curare gli adempimenti imposti dall'art. 23, comma 4 l. 53 del 1987 – il quale dispone che l'ordinanza venga notificata, a cura della cancelleria del giudice a quo, alle parti in causa, al Presidente del Consiglio dei ministri (o della Giunta regionale, se si tratta di legge regionale) e comunicata ai Presidenti dei due rami del Parlamento (o al Presidente del Consiglio regionale)- potrebbe essere regola quel che, ad esempio, accadrà nella prossima camera di consiglio del 25 novembre 2003: e cioè la trattazione di questioni la cui ordinanza di rimessione oscilla tra la fine di gennaio e la fine di febbraio 2003. Considerati i tempi di pubblicazione, la decisione interverrà entro l'anno in corso, cioè meno di un anno dopo l'ordinanza o in coincidenza con tale scadenza, tutto compreso.

Ma questo- potrebbe dirsi invocando una nemesi - è un problema "di fatto": serve, tuttavia, ad evidenziare che il problema dei tempi è ancora una volta una sinergia tra giudici e Corte e che non vanno trascurati gli impegni del 'dopo ordinanza'. Segnalo solo alcuni brevissimi profili.

Innanzitutto, c'è da segnalare l'obbligo per il giudice *a quo*, contestuale all'emissione dell'ordinanza, di sospensione del processo *a quo*. Nella recente sentenza n. 127 del 2021– nella quale si delibava la questione (poi dichiarata inammissibile in via interpretativa) degli artt. 438, comma 6, e 458, comma 2, del codice di procedura penale, in riferimento agli artt. 24 e 111 della Costituzione, «nella parte in cui non prevedono che, nel caso in cui il Gip rigetti la richiesta di giudizio abbreviato condizionato, l'imputato possa tempestivamente, nella fase dedicata alle questioni preliminari, riproporre la richiesta di rito alternativo al Giudice del

¹⁸⁶ Cito un solo esempio, assai emblematico: una delle più belle ed importanti sentenze degli ultimi anni, la 364 del 1988, la sentenza Dell'Andro sull'art. 5 del codice penale e sul principio dell'ignoranza della legge penale, fu depositata il 24 marzo del 1988 (camera di consiglio del 29 settembre 1987): le ordinanze di rimessione recano la data del 22 luglio 1980 (Pretore di Cingoli) e del 14 maggio 1982 (Pretore di Padova).

dibattimento, e che questo possa sindacare la decisione del Gip ed ammettere il rito chiesto dall'imputato» - la Corte ha rilevato che il Presidente della sezione procedente del Tribunale di Lecce ha disposto la prosecuzione del giudizio *a quo* nonostante la pendenza del presente incidente di costituzionalità.

La Corte è stata molto severa in sentenza. Ha ribadito che: i) la prosecuzione del giudizio *a quo*, nonostante la pendenza dell'incidente di costituzionalità non elide la perdurante rilevanza delle questioni, come si desume dall'art. 18 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, secondo un principio generale di autonomia del giudizio incidentale di costituzionalità, che come tale non risente delle vicende di fatto successive all'ordinanza di rimessione (sentenza n. 270 del 2020); ii) la rilevanza delle questioni rispetto alla decisione del processo *a quo* deve essere vagliata *ex ante*, con riferimento al momento della prospettazione delle questioni stesse (sentenza n. 84 del 2021), e permane anche nell'ipotesi patologica in cui il giudice procedente – revocando l'ordinanza di sospensione del processo *a quo* durante lo svolgimento dell'incidente di costituzionalità – abbia successivamente ritenuto di poter decidere a prescindere dalla decisione della Corte.

Dunque: la sospensione del processo è un obbligo e la questione di costituzionalità è irrettrabile.

Ancora: la correttezza delle notifiche, ribadita dalla Corte stessa (es. ord. n. 462 del 1999) in termini di obbligo in capo al giudice *a quo*. Peraltro, l'irregolarità delle notifiche provoca un potenziale aborto del giudizio costituzionale, impedendo la pubblicazione dell'ordinanza di rimessione sulla G.U.¹⁸⁷ È possibile modificare l'ordinanza di rimessione? Integrarla? Ed è possibile da parte del giudice *a quo* revocarla dopo la sua emissione?

Va premesso, in generale, che si sono registrate ipotesi di divergenza tra il testo notificato alle parti e quello inviato alla Corte, probabilmente per qualche “intervento”: la Corte l'ha assimilata ad un errore materiale (benché non ne avesse proprio l'aspetto) e ha proceduto alla sua correzione (ord. 117 del 2000). Ma è accaduto che lo stesso giudice rimettente intervenisse successivamente all'emanazione dell'ordinanza per integrarne talune precarietà formali: ad esempio, nell'ordinanza che ha dato luogo alla pronuncia n. 252 del 1997, il giudice *a quo* ha provveduto ad un'integrazione e correzione della prima rimessione, pubblicata anch'essa sulla G.U.

4. Una speranza, più che una conclusione.

Alla fine di questo ‘decalogo’, l'unica certezza possibile è solo quella della insostituibile significatività del ruolo del giudice comune nell'incidente di costituzionalità. Tutto passa da lui: le criticità delle norme, nella frizione con i valori della Carta, hanno in lui il primo, fondamentale interlocutore.

È una grande responsabilità.

Al giudice si richiede attenzione, bravura tecnica e fatica argomentativa per prospettare la questione: ma tutto questo presuppone altro. Presuppone, cioè, una grande passione, in capo a chi giudica, per la Costituzione. Oltre la tecnica, insomma, occorre “la sicurezza del cuore”.

¹⁸⁷ Infatti, l'art. 2, comma 1, delle Norme integrative stabilisce che “Il Presidente della Corte, accertata la regolarità dell'ordinanza e delle notificazioni, dispone che l'ordinanza stessa sia pubblicata nella G.U. della Repubblica”. Tanto vero che la stessa Corte (ord. n. 395 del 1997) ha dichiarato inammissibile una questione sollevata con un'ordinanza di rimessione che, pur censurando una legge regionale, non era stata notificata al Presidente della Regione e tale vizio non era stato sanato dalla costituzione in giudizio della regione. Peraltro, in alcuni casi, la mancata notifica è stata ritenuta sanata dalla successiva costituzione, nel giudizio davanti alla Corte delle parti che ne avevano diritto (ord. 215 del 1998), ma si tratta di eccezioni.

PARTE II

I PARAMETRI DEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: DIRETTI ED INTERPOSTI

Roberto Romboli

Controllo di legittimità della legge e convergenza tra parametri costituzionali e parametri nazionali: precedenze, interazioni, procedure*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i riflessi della qualificazione come legge ordinaria ed il mutamento di prospettiva per il suo utilizzo quale parametro nel giudizio sulle leggi a seguito delle "sentenze gemelle" del 2007. - 3. La efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e le vicende della mancata ratifica in Italia del Protocollo XVI che ha escluso la possibilità delle "alte giurisdizioni" di richiedere pareri alla Corte Edu. - 4. I problemi connessi alla applicazione delle sentenze di condanna della Corte Edu: a) il limite processuale (il giudicato); b) il limite legato alla natura legislativa dell'atto da rimuovere. - 5. Alcune ipotesi di contrasto tra giudici nazionali (specie Corte costituzionale) e Corte Edu: i casi del personale Ata, delle c.d. pensioni svizzere e della confisca in caso di assoluzione dal reato di lottizzazione urbanistica. - 6. L'ordinamento dell'Unione europea ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La questione della "doppia pregiudizialità": la priorità del passaggio da Lussemburgo e la "deroga" dell'obiter dictum contenuto nella sentenza 269/2017 della Corte costituzionale per il caso di contemporanea supposta violazione della Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. - 7. (*Segue*): le precisazioni apportate nel 2019 dalla Corte costituzionale alla sentenza n. 269. Le tre strade percorribili a scelta del giudice nazionale ed i suoi riflessi sul carattere accentrato o diffuso del controllo sulle leggi. - 8. Il superparametro: il problema dei controlimiti, il caso Taricco ed il rischio che la bomba atomica potesse davvero essere lanciata. - 9. Il periodo seguente alla vicenda Taricco: l'uso "dolce" dei controlimiti: i rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale circa il c.d. diritto al silenzio; il bonus bebè; il mandato di arresto europeo (due) e le risposte della Corte di giustizia. - 10. La decisione interpretativa o additiva del Giudice costituzionale come controlimite.

1. Premessa.

Nel controllo di costituzionalità delle leggi, il parametro di riferimento è stato, come noto, per molti anni limitato al livello nazionale, ed identificato con le norme contenute nella Costituzione e nelle leggi costituzionali.

Successivamente il sistema si è fatto maggiormente complesso a seguito della approvazione e della progressiva valorizzazione di Carte aventi, a prescindere dalla loro qualificazione formale tra le fonti del diritto, un contenuto sostanzialmente costituzionale. Tra queste intendo fare riferimento principalmente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue), la garanzia delle quali è riconosciuta, in primis, ad appositi giudici che operano a livello

* La presente relazione è aggiornata alla data 29 Maggio 2023

sovrana nazionale (la Corte europea dei diritti umani di Strasburgo e quella di giustizia dell'Unione europea di Lussemburgo).

I diritti riconosciuti nelle differenti Carte sono sovente analoghi o quasi identici, per cui è normale che, con riguardo anche ad uno stesso caso, ci si rivolga a diversi giudici, realizzando quindi la c.d. tutela multilivello e ponendo in alcuni casi problemi di coordinamento sia per i tempi degli interventi, sia per il merito delle decisioni.

Come ha scritto Valerio Onida “i giudici non hanno più solo la Costituzione come riferimento, ma debbono confrontarsi anche con la Cedu e con la Carta, con questo il diritto costituzionale interno non è che regredisce ma piuttosto è uno sviluppo: una visione attuale del diritto costituzionale non può più rimanere limitata alla dimensione nazionale. I diritti ormai sono diritti universali, il futuro è nelle organizzazioni a livello sovranazionale: il futuro è là non è più soltanto nel diritto interno”.

La realizzazione di organizzazioni sovranazionali quali il Consiglio d'Europa e la Unione europea comportano di necessità una limitazione della sovranità nazionale, la quale incontra a sua volta limiti, non potendo la normativa della Ue e/o le decisioni delle Corti europee sopra ricordate porsi in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno o con i diritti inalienabili della persona umana.

Questi i temi di cui pertanto mi occuperò in questa mia relazione, tralasciando il parametro nazionale, per il quale penso di poter rinviare alle relazioni che seguiranno, specialmente quelle che avranno ad oggetto il tema della interpretazione costituzionalmente conforme, quale sviluppo del superamento della contrapposizione tra principio di costituzionalità e principio di legalità (Parodi), quello delle scelte del legislatore e dei limiti al controllo delle medesime (Ruotolo), con riguardo anche al parametro non scritto della ragionevolezza (Bin) ed al principio di proporzionalità (Palazzo) oppure alla questione di costituzionalità (G. D'Amico).

Nonostante la indubbia interconnessione tra il sistema del Consiglio d'Europa e quello dell'Unione europea, ritengo a fini espositivi più chiaro parlare separatamente dei due, iniziando dal primo.

2. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i riflessi della qualificazione come legge ordinaria ed il mutamento di prospettiva per il suo utilizzo quale parametro nel giudizio sulle leggi a seguito delle “sentenze gemelle” del 2007.

La riflessione in Italia sul significato e l'efficacia della Cedu e, conseguentemente, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si è fondata in un primo momento principalmente sulla collocazione della prima nel sistema delle fonti del diritto e su aspetti quindi essenzialmente di carattere formale.

La Cedu è stata recepita in Italia con la l. 4 agosto 1955 n. 848, secondo il modello della ratifica ed esecuzione dei trattati internazionali, per cui non si è ritenuto di dover procedere ad una revisione della Costituzione, allo scopo di dare alla Cedu una copertura costituzionale. Di conseguenza - in applicazione del principio consolidato secondo cui le disposizioni di un trattato assumono nell'ambito del sistema delle fonti la stessa collocazione propria dell'atto attraverso il quale essi sono introdotti nell'ordinamento statale - alle disposizioni della Convenzione è stata riconosciuta la forza di legge ordinaria. Con ciò si è venuta a determinare una evidente dissociazione tra forma e sostanza, dal momento che essa ha, come noto, un contenuto sicuramente di natura costituzionale, come si desume facilmente solo scorrendo l'elenco dei diritti ivi riconosciuti (diritto alla vita, alla libertà personale, alla sicurezza, alla

libertà di pensiero, ad un giusto processo, divieto di tortura, di schiavitù ecc.). Tutti (o quasi tutti) i diritti e le libertà previsti nella Cedu trovano infatti riconoscimento o strette analogie con espresse previsioni di livello costituzionale (tanto che, su questa base, è stata elaborata la teoria della supposta “inutilità” di un riferimento diretto alla normativa convenzionale).

La qualificazione della Cedu quale atto con forza di legge ha escluso conseguentemente che la stessa potesse assumere la veste di parametro nei giudizi di costituzionalità delle leggi, con il risultato di attribuire uno scarso rilievo alla Convenzione ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per il controllo di costituzionalità delle leggi nel nostro paese. Anche successivamente ad un evento di straordinaria importanza per il sistema di tutela dei diritti riconosciuti nella Cedu, quale la introduzione del ricorso diretto del cittadino alla Corte di Strasburgo, i riferimenti alla Convenzione nei giudizi davanti alla Corte costituzionale hanno continuato ad essere decisamente rari e scarsa la loro incidenza nella risoluzione delle questioni di costituzionalità, fondate quasi esclusivamente sulla conformità degli atti legislativi ai parametri costituzionali.

Nel 2001 è stato, tra l'altro, modificato l'art. 117, introducendo al primo comma, una nuova disposizione, secondo la quale “la potestà legislativa è esercitata dallo stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. Dopo sei anni dalla approvazione della riforma costituzionale, la Corte costituzionale ha pronunciato le due famose “sentenze gemelle”, con le quali ha introdotto un fondamentale cambio alla propria giurisprudenza, aprendo così una fase del tutto nuova e ricchissima di prospettive per il ruolo della Cedu come parametro nei giudizi costituzionali e, conseguentemente, per le relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte Edu.

Le pronunce (sent. 348 e 349/2007) possono davvero ritenersi di importanza storica per le vicende che seguiranno, ed essendo certamente conosciute, mi limito a evidenziare cinque punti, cui ricollegare le osservazioni che seguiranno.

Il primo è l'affermazione rivolta ai giudici ed alla tendenza di alcuni di essi a disapplicare le leggi ritenute in contrasto con la Cedu. La Corte afferma di essere “chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa e istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto” e lo fa tenendo del tutto separati gli effetti nel nostro ordinamento del diritto comunitario da quello Cedu, per il quale viene confermata la giurisprudenza secondo cui non è possibile far riferimento all'art. 10, 1° comma, Cost. per operare attraverso il meccanismo della norma interposta, riferendosi la disposizione costituzionale solo alle norme consuetudinarie e non a quelle pattizie, né, in maniera indiretta, all'art. 11 Cost. “per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni Cedu come principi generali del diritto comunitario”.

In base a ciò la Corte conclude che “il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., di esclusiva competenza del Giudice delle leggi”.

Il secondo riguarda la valorizzazione da parte della Corte – come finora non aveva fatto, pur avendone già avuto in varie occasioni l'opportunità – del “nuovo” art. 117, il quale “ha colmato una lacuna e, in armonia con le Costituzioni di altri paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi

che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato”.

Il richiamo alla disposizione costituzionale serve alla Corte per introdurre un'ulteriore ipotesi, oltre a quelle già conosciute, di possibile utilizzo della tecnica della c.d. norma interposta, in base alla quale una legge può essere dichiarata incostituzionale anche quando direttamente contrasti con altra legge o atto avente forza di legge, ma possa dirsi, dato lo stretto rapporto tra quest'ultima e un precetto costituzionale, che il contrasto si pone, sia pure indirettamente, con la disposizione costituzionale che fissa quel precetto (come nel caso più noto di violazione, da parte del decreto legislativo, di una disposizione della legge delega contenente un principio o criterio direttivo).

Il terzo riguarda la puntualizzazione in ordine alla collocazione della Cedu nel nostro sistema delle fonti ed alle conseguenze che ne derivano per il giudizio costituzionale. La Corte rileva come la qualificazione di norma interposta non significa che alle norme della Cedu sia attribuita la forza delle norme costituzionali, restando invece la natura di fonte primaria, come tale assoggettabile al controllo di costituzionalità, il quale, a differenza di quanto accade per il diritto comunitario, può e deve svolgersi rispetto ad ogni disposizione costituzionale e non ai soli principi e diritti fondamentali (c.d. controlimiti). Pertanto, ad evitare il paradosso di sanzionare una legge in quanto non rispettosa di norma a sua volta incostituzionale, la fonte che funge da norma interposta deve essere previamente sottoposta a verifica di costituzionalità.

Le norme Cedu vengono così ad assumere contemporaneamente la veste di parametro o quella di oggetto nel giudizio di costituzionalità delle leggi, la qual cosa viene a ripercuotersi anche sull'obbligo di interpretazione conforme da svolgersi da parte del giudice, secondo quanto espressamente suggerito dalla Corte, nei riguardi della normativa Cedu, così come si pone nei confronti della Costituzione.

Il quarto attiene invece alla valorizzazione che la Corte costituzionale ha inteso fare della giurisprudenza della Corte Edu, perseguendo con ogni probabilità una duplicità di fini: quello di evitare contrasti giurisprudenziali con la Corte europea e quello di riconoscere l'esigenza che disposizioni sostanzialmente costituzionali – quali quelle Cedu – aventi una applicazione a livello sopranazionale, abbiano, per quanto possibile, una medesima interpretazione nei diversi stati che hanno sottoscritto la Convenzione.

Per questo la Corte costituzionale tende ad evidenziare la “specialità” del trattato in questione rispetto a tutti gli altri, avendo questo affidato la funzione di interpretare le norme Cedu ad un unico, apposito giudice, appunto la Corte Edu e trae da ciò la conseguenza che nel controllare o comunque far riferimento alla normativa Cedu, questa sarà sussunta nel significato ad essa attribuito dal “suo” Giudice.

Ad alcuni ciò è sembrata “una vistosa limitazione” alla sovranità statale, vedendovi una sorta di equiparazione con l'efficacia ormai pacificamente riconosciuta alle sentenze interpretative del diritto Ue della Corte di giustizia e sottolineando altresì come si tratta, per la Corte di Strasburgo, di una giurisprudenza strettamente legata ai casi concreti esaminati ed a controversie rispetto alle quali in molti casi il nostro stato è estraneo.

Il quinto ed ultimo concerne invece i rapporti tra le due Corti (costituzionale ed europea) e consiste nell'individuazione per entrambe del medesimo obiettivo (migliore tutela dei diritti fondamentali), ma nel riconoscere alle stesse un ruolo differente: quella europea fornisce l'interpretazione della Cedu allo scopo di dare uniformità, a livello europeo, al modo di intendere i principi della Convenzione, la Corte costituzionale ha lo scopo di accertare

l'eventuale contrasto tra la legge nazionale e la Cedu, se quest'ultima offra una garanzia "almeno equivalente" e non si ponga in contrasto con i nostri principi costituzionali.

Le "sentenze gemelle" aprono quindi per l'Italia una fase nuova, tanto da potersi quasi affermare che, per tutta una serie di aspetti e di problemi che vedremo in seguito, è come se la Cedu fosse entrata in vigore molti anni dopo e ciò può spiegare, anche se certamente non giustificare, il gravissimo errore in cui in una occasione è caduta la suprema Corte di cassazione ().

Dopo il 2007, in ragione della ricordata svolta giurisprudenziale, si assiste ad un utilizzo delle norme convenzionali, quali parametro interposto, in un numero assai alto di casi e la giurisprudenza della Corte Edu viene altresì a corroborare non solamente il parametro costituzionale, ma altresì a fungere da motivazione della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità

3. La efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e le vicende della mancata ratifica in Italia del Protocollo XVI che ha escluso la possibilità delle "alte giurisdizioni" di richiedere pareri alla Corte Edu.

Tra i molti aspetti problematici che sono stati discussi ed affrontati sia a livello dottrinario che giurisprudenziale, mi limito in questa sede a segnalarne tre: a) l'efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte di Strasburgo per i giudici nazionali; b) l'efficacia delle sentenze di condanna della prima nei riguardi del nostro ordinamento; c) l'inevitabile porsi, quale conseguenza dell'evoluzione appena ricostruita, di contrasti giurisprudenziale tra i giudici nazionali e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Iniziando dal primo nelle ricordate "sentenze gemelle" del 2007 la Corte costituzionale ha affermato, tra l'altro, il principio secondo cui la Cedu nel giudizio di costituzionalità delle leggi, sia che assuma la veste di parametro interposto che di oggetto, deve essere assunta nel significato dato alle disposizioni dalla giurisprudenza della Corte Edu. Ciò in quanto tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione del trattato, vi è quello di adeguare la propria legislazione alla Cedu, nel significato ad essa attribuito dal "suo" giudice, al quale è attribuita una "funzione interpretativa eminente".

L'anno successivo la Corte ha reso ancora più stringente il vincolo per i giudici nazionali, sostenendo che la peculiarità delle disposizioni della Cedu, nell'ambito della categoria delle norme interposte "consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi".

Sulla base di tali affermazioni è stato osservato dalla dottrina come il ruolo del giudice nazionale sia stato ridotto al solo ambito applicativo ed è stata utilizzata l'espressione "autorità di cosa interpretata", ad indicare la efficacia riconosciuta alla giurisprudenza della Corte europea.

Questa posizione è stata successivamente specificata e sostanzialmente ridimensionata da parte della Corte costituzionale, la quale si è riservata la valutazione circa la misura in cui la Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano.

Ciò è avvenuto anche attraverso il riferimento al criterio "sostanziale" della tutela più intensa da riconoscere ai diritti fondamentali, nel senso che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai condurre ad una riduzione del livello di tutela, con la conseguenza che, in caso di contrasto tra la normativa interna più garantista rispetto alla Cedu, come

interpretata dal suo giudice, è la prima che deve prevalere, in quanto il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti.

Un ridimensionamento dell'efficacia vincolante della interpretazione fornita dalla Corte Edu è poi derivato dalla affermazione della Corte costituzionale secondo cui, mentre la prima è tenuta a tutelare i diversi valori in gioco in modo parcellizzato, in quanto chiamata a giudicare sulla supposta violazione di singoli, specifici diritti, la seconda opera una valutazione sistemica e non isolata di tutti i valori coinvolti nella norma di volta in volta scrutinata ed è quindi tenuta ad una attività di bilanciamento che solamente lei può svolgere in maniera adeguata.

Nella stessa linea deve essere inserita altresì l'affermazione secondo cui alla Corte costituzionale “competete di apprezzare la giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi”.

Il riferimento al rispetto “sostanziale” della interpretazione della Corte Edu ed il riconoscimento di “un margine di apprezzamento” consentono all'evidenza alla Corte costituzionale ed ai giudici nazionali di far valere, rispetto alla giurisprudenza europea, le caratteristiche dell'ordinamento italiano e quindi di seguire anche soluzione non del tutto aderenti alla giurisprudenza di Strasburgo.

Una decisa presa di posizione a favore del margine interpretativo che deve essere riconosciuto al giudice nazionale di fronte alle interpretazioni della Cedu da parte della Corte Edu è rappresentata dalla decisione con cui la Corte costituzionale ha in maniera puntuale indicato le condizioni in presenza delle quali l'interpretazione della Corte europea può ritenersi vincolante per il giudice.

La Corte costituzionale ha osservato come nei rapporti con la Corte Edu, i giudici nazionali non debbono ritenersi passivi recettori di un comando esegetico impartito in una pronuncia della prima ma - proprio la logica del confronto costruttivo tra diversi giudici e quindi del carattere progressivo del diritto giurisprudenziale, privo di un vertice - impone che solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo, tranne nel caso di “sentenza pilota”.

Sempre in ordine alla interpretazione della Cedu fornita dalla Corte di Strasburgo, una ipotesi di cui molto si è parlato è quella della ratifica del Protocollo XVI, il quale prevede una forma di pregiudizialità (sul tipo di quella costituzionale e di quella del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia) attraverso la quale chiedere alla Corte europea la interpretazione di una norma della Convenzione.

Il Protocollo in questione prevede che sia possibile, nel corso di un giudizio, di ricorrere alla Corte di Strasburgo per chiedere un parere in ordine a “questioni di principio”, facendo pensare ad un tipo di giudizio astratto, anche se poi il ricorso viene costruito secondo il noto schema del procedimento pregiudiziale, quindi concreto.

La richiesta di parere è facoltativa e lo stesso non è vincolante né per il richiedente, né per gli altri operatori giuridici, anche se è facile supporre che in realtà la natura non vincolante della interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo risulti più teorica che reale, dal momento che il soggetto che la esprime è poi lo stesso che, dismesso il cappello di “organo

consultivo”, può calzare, anche in relazione allo stesso caso, quello diverso di “organo decidente”. Ed è difficile pensare che sul punto concluderà in maniera diversa, dal momento che sotto il diverso cappello sta la medesima testa.

Con riguardo ai soggetti abilitati a chiedere pareri alla Corte Edu, il testo evita – a differenza di quanto accade per le già note pregiudizialità costituzionale ed eurounitaria dove viene indicato genericamente il soggetto legittimato quale “giudice”, “autorità giudiziaria” ecc. – di individuarli, ma rimette la scelta alla discrezionalità dei singoli stati, con la conseguenza ad esempio che il Giudice costituzionale in alcuni casi potrà essere tra i soggetti autorizzati ed in altri invece no.

La Corte costituzionale risultava, nel testo originario del disegno di legge di ratifica, ad esempio esclusa in Italia, con un risultato all’evidenza paradossale, stante la relazione che, nel tempo, si è venuta a porre tra la Corte costituzionale e la Corte Edu, a seguito delle “sentenze gemelle” del 2007.

Successivamente è stato previsto che spetti alla stessa Corte costituzionale decidere in proposito attraverso lo strumento normativo delle Norme integrative. Una simile previsione risulta invero assai discutibile, in quanto viene a porsi in contrasto con la previsione del Protocollo secondo cui deve essere la legge (e non una norma di autorganizzazione interna) ad indicare le alte autorità abilitate a chiedere il parere.

Il parlamento italiano il 30 settembre del 2021 ha deciso, per il momento, di “non decidere” e di rinviare l’approvazione della legge di ratifica. Nel frattempo, il Protocollo, avendo raggiunto il numero di ratifiche necessario, è entrato in vigore e con esso l’attività della Corte europea di fornire pareri.

La conseguenza è che il nostro paese e soprattutto i giudici nazionali – che avrebbero potuto, almeno quelli autorizzati, porsi in un dialogo diretto con Strasburgo – al momento sono solo destinatari passivi dei pareri richiesti dalle alte autorità giurisdizionali di altri paesi, in quanto non potranno certo ignorare il parere, avendo esso ad oggetto la interpretazione di norme della Convenzione autorevolmente suggerita dal “suo giudice”.

4. I problemi connessi alla applicazione delle sentenze di condanna della Corte Edu: a) il limite processuale (il giudicato); b) il limite legato alla natura legislativa dell’atto da rimuovere.

A proposito della efficacia delle sentenze di condanna della Corte Edu nel nostro ordinamento, gli ostacoli, stante i limiti che incontra la Corte Edu nella propria attività di garante della Cedu, sono stati principalmente di due tipi: a) di carattere processuale; b) in ragione della natura legislativa dell’atto da rimuovere.

Con riguardo ai primi, intendo riferirmi essenzialmente al tema del giudicato e del valore, anche di rilievo costituzionale, ad esso riconosciuto per la garanzia della certezza del diritto.

Stante la natura sussidiaria del ricorso alla Corte Edu e quindi la necessità di aver previamente esperito tutti gli strumenti che l’ordinamento pone a disposizione dei cittadini per la tutela dei propri diritti, è fisiologico che la decisione della Corte Edu possa porsi in contrasto con il giudicato che nel frattempo è venuto a crearsi a livello nazionale.

Da qui la necessità di contemperare il rispetto del giudicato, e dei valori che esso esprime, con l’obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu, ai sensi dell’art. 46 Cedu.

Questo aspetto è divenuto ancora più evidente, via via che si è prestata maggiore attenzione al momento della esecuzione delle sentenze della Corte Edu in ragione della più frequente richiesta da parte di questa di obblighi ripristinatori e di interventi normativi o

paranormativi tendenti a suggerire il superamento del giudicato o controllare l'osservanza delle decisioni di Strasburgo.

A proposito del giudicato penale, l'esperienza italiana è legata al noto caso Dorigo, riguardo al quale la Commissione europea aveva rilevato nel 1998 una violazione della garanzia del contraddittorio e quindi affermato la violazione dell'art. 6 della Cedu.

La Corte di cassazione aveva di conseguenza ritenuto il giudicato penale "ineseguibile", con la conseguenza che il condannato non avrebbe più dovuto espiare la parte residua della pena. Venne quindi sollevata, in riferimento anche all'art. 6 Cedu, una questione di costituzionalità, la quale però fu dichiarata infondata da parte della Corte costituzionale nel 2008, che nel fare ciò, ritenne "di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte Edu che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della Cedu".

A seguito di tale pronuncia i giudici ordinari, ed in particolare la Corte di cassazione, hanno proceduto in varie ipotesi a ricercare una soluzione "equa" attraverso interpretazioni conformi piuttosto ardite, se non vere e proprie disapplicazione della normativa processuale.

La questione di costituzionalità è successivamente stata portata nuovamente al giudizio della Corte costituzionale, stavolta con specifico riferimento agli art. 117, 1° comma, Cost. e 46 Cedu.

Anche in considerazione della inerzia del legislatore al suo "pressante invito", questa volta la Corte costituzionale giunge ad una dichiarazione di incostituzionalità della norma processuale, valutando quindi che l'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte Edu debbano prevalere su un principio seppur importante quale quello del giudicato, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non contemplava un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli fin allora regolati, volto specificamente a consentire la riapertura del processo, quando la stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, 1° comma, Cedu, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu (sent. 113/2011).

Il secondo tipo di ostacolo alla esecuzione di una sentenza della Corte Edu che richieda modifiche strutturali al fine della *restitutio in integrum* può essere rappresentato dalla presenza di una normativa nazionale alla quale può essere fatta risalire la violazione della Cedu o che comunque si ponga in contrasto con il perseguimento del risultato richiesto dalla Corte Edu.

In proposito sembra necessario distinguere a seconda che si tratti di dare esecuzione alla sentenza Edu nei confronti della parte risultata vincitrice nel giudizio convenzionale oppure di soggetto diverso che si trova nella stessa o in analoga situazione.

In questo secondo caso potremmo ulteriormente distinguere tra i soggetti che hanno un giudizio pendente a Strasburgo (che potrebbero beneficiare di una sentenza-pilota) o soggetti che invece non hanno fatto ricorso ed ancora tra soggetti appartenenti allo stesso stato condannato dalla sentenza della Corte Edu oppure ad altro stato.

Nel primo caso (parte vincitrice a Strasburgo) lo Stato è senza dubbio tenuto, ai sensi dell'art. 46 Cedu a dare esecuzione alla sentenza di condanna della Corte Edu, ma a fronte di una legislazione interna contrastante ci si è chiesti chi possa (o debba) intervenire (giudice, Corte costituzionale, legislatore) e quali poteri in proposito possano essere loro riconosciuti.

La tesi, a mio avviso, più convincente è quella che ritiene, in questo caso, che il giudice sia legittimato a dare esecuzione alla sentenza europea, in quanto la presenza della stessa viene a determinare un elemento nuovo, a livello normativo, che viene ad integrare la "regola" che il giudice deve applicare al caso concreto.

Qualora invece non si tratti del soggetto vittorioso a Strasburgo, non esista un rimedio davanti ad un giudice, la sentenza non sia autoapplicativa o la regola contrasti con principi costituzionali, il giudice deve sollevare una questione di costituzionalità e solo l'intervento della Corte costituzionale può superare l'ostacolo rappresentato da una legge.

Per questo si parla in dottrina della esistenza di un "doppio binario" per la esecuzione delle sentenze della Corte Edu.

Per i soggetti che vengono a trovarsi nella stessa situazione del ricorrente, ma che non hanno ricorso o non hanno comunque ottenuto una decisione della Corte Edu, mentre si esclude che una sentenza di condanna nei confronti di uno stato diverso, differente è la situazione all'interno dello stato condannato, quando si tratti di una decisione che concerna una situazione strutturale.

In Italia la questione si è posta con il conosciuto caso Scoppola. La Corte Edu aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 7, 1° comma, Cedu, dichiarando che lo stato italiano era tenuto ad assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente fosse sostituita con una pena non superiore a quella della reclusione ad anni Trenta.

La decisione era stata eseguita dalla Corte di cassazione (sent. 28 aprile 2010 n. 16507), la quale aveva proceduto ad annullare direttamente la sentenza precedente passata in giudicato, giudicando "ineseguibile" il giudicato "per il fatto nuovo" della sentenza europea, stante la assoluta chiarezza della medesima e l'obbligo per lo stato italiano discendente dall'art. 46 Cedu.

Di fronte alla richiesta di applicazione della stessa soluzione anche ad altri soggetti che si trovavano nella stessa, identica situazione di Scoppola, ma che non avevano ricorso a Strasburgo, la cassazione aveva in alcuni casi proceduto ad estendere loro la stessa soluzione, mentre le sezioni unite della cassazione hanno deciso di sollevare questione di costituzionalità, trovando un vincolo insormontabile alla suddetta estensione nel chiaro tenore letterale della legge, che non consentiva un simile risultato.

La Corte costituzionale ha ritenuto corretta l'applicazione diretta operata dalla Cassazione nei confronti di Scoppola ed altresì che la sentenza Edu debba trovare applicazione anche nei casi che presentano le medesime caratteristiche, senza che occorra per gli stessi una specifica pronuncia della Corte Edu.

Circa le modalità attraverso le quali pervenire a tale risultato, la Corte ha rilevato che esiste una "radicale differenza" tra chi è destinatario di una decisione della Corte Edu e quanti invece, pur trovandosi nella stessa situazione sostanziale, non lo sono. In questo secondo caso, non potendo il giudice procedere ad una disapplicazione della normativa nazionale, egli è tenuto a sollevare la questione di costituzionalità in modo da consentire la eliminazione della stessa ad opera della Corte costituzionale.

5. Alcune ipotesi di contrasto tra giudici nazionali (specie Corte costituzionale) e Corte Edu: i casi del personale Ata, delle c.d. pensioni svizzere e della confisca in caso di assoluzione dal reato di lottizzazione urbanistica.

Venendo al terzo ed ultimo aspetto, può valere la pena di ricordare qualche caso in cui il contrasto tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo si è mostrato in maniera più evidente.

Due casi hanno ad oggetto leggi di interpretazione autentica con cui il parlamento forniva, con effetto retroattivo, la corretta interpretazione di una precedente legge, con effetti anche nei giudizi in corso. Fenomeno rispetto al quale la giurisprudenza costituzionale si era rivelata negli anni piuttosto accondiscendente verso il legislatore.

La prima vicenda riguarda il caso del trasferimento dagli enti locali allo Stato del personale ATA della scuola che aveva comportato per gli stessi condizioni economiche più svantaggiose rispetto a quelle godute in precedenza.

A seguito di ricorsi giudiziari, in parte accolti dalla magistratura, il legislatore aveva approvato una legge di interpretazione autentica con la quale aveva dato una interpretazione favorevole agli interessi economici dello Stato e sfavorevole ai ricorrenti.

In ordine a tale legge fu sollevata una questione di costituzionalità per supposta violazione di numerosi principi costituzionali, tra i quali quelli di ragionevolezza della legge, del diritto di difesa, del legittimo affidamento del cittadino, della autonomia e indipendenza della magistratura. La Corte costituzionale dichiarò infondata la questione, richiamandosi alla propria consolidata giurisprudenza in tema di leggi di interpretazione autentica.

La questione fu ripresentata, questa volta con riferimento alla supposta violazione dell'art. 6 Cedu, come interpretato dalla Corte Edu, in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost.

La Corte costituzionale esclude ugualmente il vizio di costituzionalità, richiamandosi ai "motivi imperativi di interesse generali" enunciati nella giurisprudenza europea per legittimare l'intervento del legislatore nazionale.

L'interessato fece allora ricorso alla Corte Edu, la quale si espresse invece in termini assai diversi, contestando che le ragioni imperative di interesse generale fossero date dalla necessità di porre rimedio ad un difetto tecnico della legge originaria ed osservando che "l'obiettivo indicato dal governo, ossia la necessità di riempire un vuoto giuridico e di eliminare le disparità di trattamento tra dipendenti, mirava in realtà a preservare solo l'interesse economico dello stato, riducendo il numero delle cause pendenti davanti ai giudici italiani".

Per la Corte Edu la legge non poteva dirsi sorretta da ragioni imperative di interesse pubblico generale e si poneva quindi in contrasto con l'art. 6.1 Cedu.

La Corte costituzionale ha risposto pochi mesi dopo citando la suddetta pronuncia della Corte Edu ed osservando che in materia sussiste lo spazio per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva, in quanto "diversamente, se ogni intervento del genere fosse considerato come indebita ingerenza allo scopo d'influenzare la risoluzione di una controversia, la regola stessa sarebbe destinata a rimanere una mera enunciazione, priva di significato concreto".

La Corte Edu infine ha ritenuto che il personale Ata che è stato immesso nei ruoli del ministero senza il riconoscimento dell'anzianità pregressa deve essere posto nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione della Convenzione non si fosse verificata (ossia se il governo non avesse imposto di interpretare l'art. 8 l. 3 maggio 1999 n. 124 in maniera difforme all'interpretazione fornita dalla suprema Corte di cassazione) e ha pertanto diritto di ricevere a titolo di equa soddisfazione la differenza tra il trattamento economico percepito e quello che avrebbe invece ottenuto in assenza dell'intervento di «interpretazione» ().

Un altro caso ha avuto ad oggetto la disciplina italiana della confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva.

Sulla stessa aveva avuto modo di pronunciarsi la Corte Edu, secondo cui, in caso di assoluzione dal reato di lottizzazione abusiva, motivata da errore di diritto scusabile, la confisca dell'insieme dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili abusivamente costruiti lede l'art. 7 Cedu e l'art. 1 del protocollo 1 alla stessa Convenzione, trattandosi di sanzione penale la cui applicabilità al caso di specie non era chiaramente prevista dalla legge e sproporzionata rispetto allo scopo di tutela ambientale perseguito.

Ad essa aveva fatto seguito una pronuncia della Corte costituzionale di inammissibilità, per insufficiente motivazione in ordine alla rilevanza e per non aver il giudice dimostrato l'impossibilità di un'interpretazione della disposizione impugnata in conformità alla normativa internazionale (di cui alla Cedu) come interpretata dalla Corte Edu, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, 2° comma, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti.

In quella occasione la Corte costituzionale aveva precisato che “solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità delle disposizioni di legge”.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione era quindi risultata assolutamente prevalente l'interpretazione secondo la quale la confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, quale la prescrizione, purché fosse accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicurasse il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verificasse l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere.

Successivamente è di nuovo intervenuta la Corte Edu, la quale ha ravvisato una violazione dell'art. 7 Cedu e dell'art. 1 prot. n. 1 nel caso in cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili realizzati sugli stessi sia stata ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione.

Facendo riferimento espresso a tale ultima pronuncia, la questione di costituzionalità è stata nuovamente riproposta davanti alla Corte costituzionale, in riferimento sempre all'art. 117, 1° comma, Cost.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione richiamandosi al principio, già precedentemente ricordato, del carattere necessariamente “consolidato” della giurisprudenza della Corte Edu, affinché la stessa possa ritenersi vincolante per il giudice.

6. L'ordinamento dell'Unione europea ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La questione della “doppia pregiudizialità”: la priorità del passaggio da Lussemburgo e la “deroga” dell'obiter dictum contenuto nella sentenza 269/2017 della Corte costituzionale per il caso di contemporanea supposta violazione della Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

I rapporti tra i giudizi nazionali ed il diritto dell'Unione europea hanno trovato punti di riferimento assolutamente consolidati nei principi del primato del secondo, della sua immediata applicazione nell'ordinamento degli stati membri e nel potere-dovere dei primi di procedere direttamente alla disapplicazione di una regola contenuta nella legge nazionale a vantaggio di quella del diritto Ue, quando le due si pongano in contrasto.

Strumento di grande rilievo, che ha assunto una formidabile importanza nell'applicazione pratica, è quello del rinvio pregiudiziale per il caso in cui il giudice nazionale, nutra un dubbio sulla corretta interpretazione del diritto comunitario che ritiene dover applicare nel suo giudizio. In questo caso egli, può, ai sensi dell'art. 267 Tfu, sospendere il processo e chiedere

alla Corte di giustizia una decisione in merito; qualora si tratti di un giudice di ultima istanza, questi è tenuto al rinvio pregiudiziale, tranne si tratti di situazioni “chiare”, “chiarite” o “irrilevanti” (sentenza Cilfit).

Evidente quindi la finalità di garantire in tal modo una omogenea interpretazione del diritto Ue da parte dei giudici di tutti gli stati membri, per cui ragionevole la conseguenza che se ne è derivata circa la natura vincolante, quindi paralegislativa, delle interpretazioni della Corte di Lussemburgo.

In realtà, il rinvio pregiudiziale, quale risulta dal ricordato art. 267 Tfu, è, come noto, divenuto nella applicazione giurisprudenziale qualcosa di diverso dalla risoluzione di un dubbio circa la corretta interpretazione del diritto Ue. In particolare, esso si è trasformato in un vero e proprio controllo di comunitarietà della legge nazionale, fondato sul principio della applicazione diretta del diritto comunitario e sul potere-dovere di disapplicazione del giudice nazionale, venendo a somigliare assai al controllo di costituzionalità.

In proposito, rinviando per tutto il resto alla relazione di Nascimbene, mi limito agli aspetti più strettamente connessi con il parametro, ossia: a) la questione della c.d. doppia pregiudizialità; b) il problema dei “controlimiti”.

Iniziando dalla prima, si tratta del caso in cui il giudice comune venga a trovarsi nella condizione di poter o dover fare ricorso sia alla pregiudizialità costituzionale, attraverso la proposizione di una questione di costituzionalità, sia a quella eurounitaria, ponendo un dubbio interpretativo alla Corte di giustizia.

Per questo si è posto il problema di stabilire se sia possibile proporre entrambe in contemporanea oppure a quale delle due dare la precedenza.

La giurisprudenza costituzionale, assolutamente consolidata, ha ritenuto che la precedenza dovesse essere riconosciuta alla seconda e che quindi il giudice dovesse prima rivolgersi a Lussemburgo, ritenendo che, solamente dopo la risoluzione del dubbio circa la corretta interpretazione-applicazione del diritto dell’Unione europea, il giudice poteva essere in grado di valutare l’applicabilità della normativa nazionale nel caso da decidere e quindi la rilevanza della questione di costituzionalità.

In realtà una parte della dottrina, tra la quale anche chi vi parla, aveva notato come una simile soluzione avrebbe potuto essere superata e come questa fosse dovuta a ragioni pratiche ed alla necessità di adattare il nostro sistema alle esigenze di garantire la piena osservazione del diritto Ue. Una delle ragioni pareva essere quella di voler evitare un rapporto ravvicinato con la Corte di giustizia, per cui si era preferito dialogare, come ha scritto Marta Cartabia, “per interposta persona”, ossia attraverso i giudici comuni.

Successivamente il problema si è riproposto attraverso differenti ipotesi.

Così quella del tribunale di Milano il quale, anziché adottare un solo provvedimento inviato contemporaneamente a Lussemburgo ed a Roma, ha pronunciato due distinti provvedimenti in date diverse, nei quali non si dà conto del fatto che sarebbe stato investita anche l’altra corte. A seguito di ciò le due corti hanno proceduto in assoluta autonomia, l’una ignorando quindi l’operato dell’altra, giungendo, potremmo dire per fortuna, ad una analoga soluzione.

Interessante, ai nostri fini, la questione sollevata dal tribunale di Bari, il quale faceva osservare come l’esistenza di una chiara giurisprudenza della Corte di giustizia portava a ritenere la normativa nazionale in contrasto con il diritto dell’Unione e quindi da disapplicare. Il giudice rilevava però come ciò avrebbe prodotto un effetto limitato al caso da decidere e non invece l’eliminazione della norma dall’ordinamento.

Richiamandosi quindi al principio di certezza del diritto, e sul presupposto che risultavano violati anche principi costituzionali quali il principio di legalità ed il diritto di iniziativa economica, aveva sollevato questione di costituzionalità, con cui chiedeva la dichiarazione di incostituzionalità, valida erga omnes.

La Corte costituzionale, sulla base della propria consolidata giurisprudenza, ha affermato che la asserita pregiudizialità della questione di costituzionalità rispetto alla verifica di compatibilità con il diritto dell'Unione è "insostenibile", essendo valida la proposizione opposta e che la compatibilità eurounitaria deve ritenersi "un prius logico e giuridico" rispetto alla questione di costituzionalità, poiché concerne la stessa applicabilità della disposizione nel giudizio a quo. Il fatto che la non applicazione non vale per gli altri giudici non muterebbe la conclusione, non potendosi ritenere rilevante una questione che non lo è.

In altro caso il giudice a quo aveva proposto una questione di costituzionalità denunciando la violazione sia di parametri costituzionali, sia di norme del diritto Ue. La nostra Corte ha affermato che il giudice a quo, ritenendo la legge in contrasto con il diritto dell'Unione immediatamente efficace, avrebbe dovuto non applicare la legge nazionale, se del caso previo rinvio e ciò avrebbe reso irrilevante la questione di costituzionalità. Questo rientra, per la Corte, tra gli obblighi del giudice nazionale, tranne il caso della esistenza di c.d. contro limiti.

Appare evidente come in questo caso il giudice a quo avrebbe tranquillamente potuto denunciare la norma impugnata con riferimento ai soli parametri nazionali, rispetto ai quali avrebbe certamente ricevuto una risposta nel merito.

Al finire del 2017 - attraverso un "obiter dictum" divenuto oggetto di una infinità di commenti sia favorevoli che contrari - la Corte costituzionale ha provveduto ad enunciare due "precisazioni", la prima delle quali tendente a ribadire che, in caso di doppia pregiudizialità, il giudice deve prima rivolgersi alla Corte di Lussemburgo, specificando che ciò deve avvenire solo allorché la norma europea è dotata di effetto diretto e che le disposizioni della Cdfue sono applicabili agli Stati membri solo quando questi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Generale attenzione ha suscitato la seconda "precisazione", la quale pare doversi qualificare piuttosto come una "deroga" rispetto alla consolidata giurisprudenza e trovare il suo fondamento e la sua spiegazione in due fattori quasi concomitanti: il riconoscimento alla Carta della efficacia pari a quella dei Trattati a seguito del Trattato di Lisbona e la legittimazione, fin allora espressamente negata, della Corte costituzionale a effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

La Corte costituzionale procede infatti ad affermare una "deroga" alla precedente giurisprudenza, sostenendo che di fronte ad una legge nei confronti della quale siano possibili dubbi di conformità sia con la Costituzione, sia con la Cdfue, il giudice deve sollevare questione di costituzionalità, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità, ai sensi dell'art. 267 del Trattato.

La Corte giustifica la deroga in considerazione del fatto che la Cdfue è dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e diritti ivi enunciati intersecano in larga misura i principi ed i diritti garantiti dalla Costituzione, per cui ovvia la possibilità di un contrasto contemporaneamente con la Costituzione e con la Carta.

A giudizio della corte, le ragioni del controllo accentrato, a fondamento della architettura costituzionale, richiedono in questi casi un intervento erga omnes dello stesso Giudice costituzionale.

Analogamente si era espresso, in una relazione presentata ad un incontro tra Corti costituzionali, Augusto Barbera, il quale in maniera ancora più esplicita aveva sostenuto che una Carta organizzata per diritti e per principi non può essere ritenuta “direttamente applicabile” e che l’obbligo di disapplicazione da parte del giudice vale solo allorchè vi sia un contrasto tra regole, mentre allorchè l’antinomia si ponga tra la normativa nazionale e principi, il coinvolgimento del Giudice costituzionale diviene sempre necessario.

La nostra Corte si richiama alla giurisprudenza della Corte di giustizia - pronunciata in occasione del rinvio operato dalla Corte di cassazione francese nei confronti della riforma della giustizia costituzionale del 2009 che ha introdotto il giudizio in via incidentale e poi successivamente ribadita - nel senso che, di fronte a casi di doppia pregiudizialità, la priorità del giudizio di costituzionalità non contrasta con il diritto dell’Unione europea, purchè i giudici nazionali – prima e dopo – siano nelle condizioni di poter adire la Corte di giustizia (sentenza Melki).

Nella ricordata relazione, Barbera si era posto il problema di come fare fronte all’effetto “traboccamento” della Cdfue, con esiti di emarginazione della Corte costituzionale ed aveva sostenuto che “a questo scopo – lo dico, ovviamente, a titolo personale - la Corte italiana potrebbe riconsiderare il proprio orientamento volto a ritenere sempre e comunque la questione di compatibilità con il diritto dell’Unione europea un “*prius* logico e giuridico” rispetto alla questione incidentale di legittimità costituzionale (come è noto, tale orientamento, investendo la applicabilità della norma censurata nel giudizio principale, inficia la rilevanza stessa della questione sollevata dai giudici *a quibus* e conduce alla inammissibilità della stessa)”.

Proprio la soluzione francese, nel senso della priorità della questione di costituzionalità, mostra e conferma che la scelta di dare la precedenza al rinvio pregiudiziale trova il suo fondamento essenzialmente nella giurisprudenza costituzionale, per cui quella scelta può essere integrata o “derogata” dalla giurisprudenza successiva.

Un problema che la “nuova regola” poneva era quello relativo alla sua vincolatività per i giudici comuni. Fino ad allora era accaduto che la precedenza a Lussemburgo veniva “imposta” ai giudici attraverso la dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità, tutte le volte in cui risultava la possibilità-doverosità di rivolgersi prima alla Corte di giustizia.

Lo stesso chiaramente non potrebbe esser fatto valere nei confronti dei giudici che non rispettino la priorità costituzionale in caso di doppia violazione della Costituzione e della Cdfue.

Per questo si trattava comunque di un “invito” rivolto ai giudici dalla Corte costituzionale, privo però di possibili sanzioni, dal momento che era difficile ipotizzare che la Corte di giustizia chiedesse, in questi casi, al giudice nazionale di rivolgersi prima alla Corte costituzionale.

L’invito della nostra Corte è comunque nel senso che, qualora il giudice nutra contemporaneamente un dubbio circa la conformità di una legge alla Costituzione ed alla Cdfue, deve prioritariamente sollevare la questione di costituzionalità, ponendo, se lo ritiene, anche il problema della violazione della Carta, attraverso la tecnica della norma interposta e della violazione dell’art. 117, 1° comma, Cost.

La Corte costituzionale richiama, come detto, la giurisprudenza della Corte di giustizia sul caso Melki del 2010, poi successivamente sempre confermata.

La Corte di giustizia – scrive la Corte costituzionale – “ha affermato che il diritto dell’Unione «non osta» al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purchè i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla

Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione».

I tre periodi separati dal punto e virgola costituiscono, nella sentenza Melki, le tre condizioni che la Corte di giustizia pone (alla Francia ed in generale) per escludere che il carattere prioritario della questione di costituzionalità contrasti con il diritto dell'Unione.

Come può ricavarsi dal brano della Corte costituzionale sopra citato, le prime due condizioni sono riportate tra virgolette, mentre la terza è senza virgolette, anche se al termine di tutte e tre sono posti i riferimenti alla giurisprudenza europea.

Quello indicato non deve essere considerato il risultato di una svista, ma risponde ad una ragione ben precisa: la terza condizione è “integrata” dalla Corte costituzionale, la quale vi aggiunge una espressione - “per altri profili” - che non è contenuta nella sentenza della Corte di Lussemburgo.

Si tratta di un elemento certo di non secondaria importanza, per il seguito della sentenza di infondatezza della corte sulla questione prioritaria di costituzionalità, in quanto sta a significare che il giudice potrà fare un rinvio pregiudiziale o procedere alla disapplicazione solo per aspetti diversi rispetto a quelli esaminati e dichiarati infondati dalla Corte costituzionale.

Anziché un sottile gioco di virgolette e di manipolazione del testo, sarebbe stato auspicabile, data l'importanza che assume quella integrazione, che la Corte costituzionale avesse fornito una motivazione della sua scelta e dei limiti posti al giudice dalla eventuale pronuncia di infondatezza.

7. (Segue): le precisazioni apportate nel 2019 dalla Corte costituzionale alla sentenza n. 269. Le tre strade percorribili a scelta del giudice nazionale ed i suoi riflessi sul carattere accentrato o diffuso del controllo sulle leggi.

La Corte di cassazione, pur seguendo l'“invito” della Corte costituzionale circa la priorità, aveva sollevato espressamente il problema ed auspicato esplicitamente “un chiarimento”, “giacché - qualora la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale superasse il vaglio della Corte costituzionale – la Corte di cassazione dovrebbe misurarsi con il dovere, sulla stessa gravante ai sensi del terzo comma dell'articolo 267 TFUE, di attivare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (ove già non attivato dalla stessa Corte costituzionale nel giudizio incidentale) e di dare al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di Giustizia”.

Soprattutto nel corso del 2019 sono arrivate le precisazioni richieste e l'interpretazione autentica di quanto affermato nel ricordato “obiter” di fine 2017, le quali in alcuni punti sono risultate una vera e propria sconfessione.

Volendole riassumere, queste possono essere così sintetizzate: a) con riguardo all'obbligo dei giudici, in caso di denuncia di una violazione congiunta della Costituzione e della Carta, di rivolgersi prioritariamente alla giustizia costituzionale, il termine “necessità” viene sostituito con quello di “opportunità”, a significare quindi che la scelta viene lasciata al giudice, solo se convinto delle ragioni indicate dalla Corte nel senso della priorità costituzionale; b) con

riguardo invece all'oggetto della priorità, allorché è stata denunciata, congiuntamente alla Costituzione, la supposta violazione non della Carta, ma di una direttiva comunitaria, la Corte ha ritenuto che la soluzione suggerita nel 2017 doveva ritenersi confermata anche in questo caso, dal momento che i principi della direttiva si presentavano in singolare connessione con le disposizioni della Carta “non solo nel senso che essi ne forniscono specificazione o attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito ‘modello’ per quelle norme e perciò partecipano all’evidenza dello loro stessa natura, come espresso nelle spiegazioni relative alla Carta”; c) in ordine al ricordato riferimento agli “altri profili”, quale limitazione al giudice a quo di disapplicare direttamente la norma impugnata oggetto della questione dichiarata infondata, la Corte rivede alquanto la sua precedente affermazione, sostenendo che il giudice potrà sottoporre alla Corte di giustizia “sulla medesima disciplina, qualsiasi pregiudiziale a loro avviso necessaria”, dovendosi escludere qualsiasi preclusione e per poi affermare perentoriamente il potere del giudice di procedere al rinvio “anche dopo il giudizio incidentale”, aggiungendo questa volta la possibilità dello stesso altresì di “non applicare”, ricorrendone i presupposti, la disposizione nazionale in contrasto con la Carta; d) la Corte dichiara infine di esprimersi prioritariamente sulla eventuale lesione dei parametri costituzionali, allo scopo di contribuire, per propria parte, a rendere effettiva la possibilità che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto Ue ed in particolare dalla Carta, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall’art. 52, 4° comma, della stessa.

A seguito delle sopra ricordate precisazioni, mi parrebbe potersi derivare che per il giudice nazionale, in caso di supposta congiunta violazione della Costituzione e della Cdfue, si aprono tre possibilità: 1) seguire l’invito della Corte costituzionale e sollevare la questione di costituzionalità, la quale ovviamente, a seguito della “nuova” giurisprudenza, non sarà più dichiarata inammissibile per non aver previamente esercitato il rinvio pregiudiziale a Lussemburgo; 2) porre la questione, sotto forma di dubbio interpretativo di alcune disposizioni della Cdfue, direttamente alla Corte di giustizia; 3) procedere alla disapplicazione della normativa nazionale se ritenuta in violazione di un principio della Carta direttamente applicabile in materia ricompresa nell’ambito di competenza dell’Unione europea.

La scelta operata viene pertanto ad avere ricadute sul carattere accentrato o diffuso del controllo sulle leggi, integrando certamente la via sub 1) le caratteristiche del primo modello (scelto dal nostro Costituente) e la via sub 3 di quello del secondo modello.

Chiudo su quest’ultimo aspetto con due brevi osservazioni.

La via sub 2) viene ad assumere in proposito una posizione ibrida tra le altre due, in quanto risponde ai criteri del controllo diffuso per avere una efficacia limitata al caso da decidere, ma in realtà - essendo il giudice nazionale vincolato alla interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo che assume quindi l’efficacia di una fonte del diritto – risulta assai simile al controllo accentrato, con la sostituzione di una Corte (costituzionale) ad un’altra Corte (di giustizia) nell’indicare al giudice a quo la soluzione al dubbio di costituzionalità-comunitarietà sollevato.

La seconda osservazione riguarda invece la differente logica sottesa ai rapporti fra il giudice comune e la Corte giustizia, da un lato e tra il primo e la Corte costituzionale, dall’altro.

In un caso recente la Corte di cassazione aveva deciso di rivolgersi prioritariamente alla Corte di giustizia, la quale aveva rilevato un contrasto tra la normativa nazionale e quella della Ue. La cassazione aveva ritenuto di non poter procedere alla diretta disapplicazione, giudicando la regola contenuta nel diritto dell’Unione non direttamente applicabile ed aveva quindi sollevato questione di costituzionalità.

La Corte costituzionale, con pronuncia dello scorso anno ha ritenuto che, una volta che il giudice ha ritenuto di fare ricorso alla Corte di giustizia, egli è obbligato a seguire le indicazioni del giudice europeo, da ritenersi vincolanti in ragione del ruolo della Corte di giustizia di uniformare l'interpretazione del diritto UE. Di conseguenza, secondo la nostra Corte, la mancata disapplicazione del diritto nazionale viola il principio di eguaglianza tra tutti gli stati e quello del primato del diritto Ue che costituisce l'architrave su cui poggia la comunità di corti tenute insieme da convergenti diritti ed obblighi.

Per l'ipotesi che il giudice nazionale invece intenda sollevare prima la questione di costituzionalità, la Corte costituzionale, come detto, riconosce allo stesso la possibilità di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia prima dell'eventuale intervento della Corte costituzionale, sia dopo, specie ovviamente in caso di decisione di infondatezza ed addirittura di poter disapplicare, senza limiti, la disposizione ritenuta dalla Corte costituzionale non in contrasto con i principi della Costituzione, né con quelli della Carta dei diritti.

Quest'ultimo aspetto, sottolineato inequivocabilmente da parte della nostra Corte, pare porsi in dissonanza con la posizione assunta nel rapporto tra giudici nazionali e Corte di giustizia ed in evidente contrasto con la logica del carattere accentrato del nostro modello di giustizia costituzionale, il quale implica che la decisione del giudice "speciale" sia accettata da parte dell'autorità giudiziaria rimettente. Essa potrà certamente riproporre la questione alla Corte di Lussemburgo, sotto il profilo del contrasto con la Carta, se direttamente applicabile ed in ambito comunitario, ed eventualmente, sulla base della risposta ricevuta, procedere alla disapplicazione, mentre mi parrebbe più corretto che non lo potesse fare direttamente, pena uno snaturamento del carattere accentrato del sistema e del ruolo con esso riconosciuto al Giudice costituzionale.

8. Il superparametro: il problema dei controlimiti, il caso Taricco ed il rischio che la bomba atomica potesse davvero essere lanciata.

Il secondo aspetto relativo agli aspetti legati al parametro nel controllo delle leggi con riguardo al diritto dell'Unione europea è quello, come anticipato, dei c.d. controlimiti, i quali trovano fondamento nel principio democratico e sono espressione del confine cui può giungere un processo di integrazione di contenuto essenzialmente economico-finanziario.

Giuliano Amato, in un volume dedicato alle relazioni tra le Corti, rappresenta efficacemente questo concetto, allorché rileva come, nel possibile contrasto tra l'Europa che difende la supremazia del suo diritto e l'Europa che vuole la maggiore tutela dei diritti, c'è la necessità di consentire alla realtà nazionali di esprimersi e bisogna capire che oltre un certo limite l'uniformità non può andare, ma oltre un certo limite le diversità distruggono la nostra unità: da qui la necessità di un equilibrio tra le due istanze.

La nozione di controlimite, elaborata nei suoi tratti essenziali dalla Corte costituzionale tedesca e da quella italiana, è stata per molti anni ritenuta come una sorta di bomba atomica, utile per essere minacciata, ma la cui esplosione avrebbe determinato la fine dell'Unione europea.

Lo sviluppo della nozione è certamente a tutti noto, per cui mi limito a ricordare un caso relativamente recente che ha fatto temere la effettiva applicazione del controlimite (il famoso caso Taricco) e gli insegnamenti che ne sono stati tratti dalla nostra Corte costituzionale e dalla Corte di Lussemburgo negli anni a seguire.

La vicenda trae origine da una interpretazione del Trattato fornita dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale di un giudice italiano, attraverso la quale il giudice a quo veniva invitato

a disapplicare la normativa nazionale allorché, in ragione della normativa italiana in materia di prescrizione, le sanzioni previste per il caso di frodi fiscali gravi in materia di Iva si mostrassero inefficaci, dando vita ad una sostanziale immunità, con conseguente lesione degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Alcuni giudici avevano ritenuto che la disposizione del Trattato, come interpretata dalla Corte di giustizia, si ponesse in contrasto con i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, quali il principio di legalità, data la natura sostanziale e non meramente processuale della prescrizione e quello della separazione dei poteri, dal momento che venivano attribuiti al giudice compiti non propri della giurisdizione, ma del potere legislativo.

La questione veniva quindi a porre in gioco il problema dei controllimiti e della possibilità, in questa occasione, di farvi davvero applicazione.

Una parte della dottrina si era chiaramente espressa a favore della dichiarazione di incostituzionalità della legge attuativa dei Trattati, nella parte in cui aveva dato esecuzione alla disposizione in questione, come intesa dalla Corte di giustizia.

La Corte costituzionale, seguendo una strada che nessuno o quasi aveva proposto, ha fatto ricorso, per la seconda volta nell'ambito di un giudizio sulle leggi attivato in via incidentale, al rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, anche se in realtà non per chiedere un chiarimento circa la corretta interpretazione del diritto dell'Unione, ma per domandare alla Corte di giustizia di modificare la propria precedente interpretazione, minacciando, con chiarezza, in caso di mancato accoglimento delle proprie richieste, il ricorso alla dichiarazione di incostituzionalità.

La Corte di Lussemburgo ha prudentemente mostrato apprezzamento per la posizione assunta dalla nostra Corte, sottolineando come la natura del procedimento pregiudiziale è quella di "instaurare un dialogo" da giudice a giudice, tra Corte e giudici degli stati membri e di "strumento di cooperazione" e rilevando come la Corte costituzionale ha portato a conoscenza interrogativi che non le erano stati presentati in occasione della prima sentenza (c.d. Taricco I).

Nel merito la Corte di giustizia ha ribadito il contenuto della sentenza precedente circa l'interpretazione della disposizione del Trattato e degli obblighi che ne derivano per gli stati e per i giudici i quali, nel caso in cui i primi vengano meno ai loro obblighi, debbono disapplicare le norme interne ed in particolare quelle relative alla prescrizione.

La Corte ha proceduto quindi ad individuare in materia i compiti del legislatore e quelli dei giudici ed ha fatto riferimento, quanto a parametri, agli art. 49 Cdfue e 7 Cedu, espressivi del principio fondamentale della legalità dei reati e delle pene, che appartiene altresì alle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri.

Più specificamente la Corte ha affermato che spetta al giudice nazionale verificare se il regime della prescrizione determini una situazione di incertezza che contrasterebbe con il principio di determinatezza della legge applicabile ed ha rilevato che, se così fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, neppure se ciò servisse a rimediare ad una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione europea.

L'interpretazione fornita nella prima sentenza è stata quindi confermata, ma "a meno che" la disapplicazione del diritto nazionale comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa della insufficiente determinatezza della legge applicabile o della applicazione retroattiva della normativa (in *malam partem*).

La Corte costituzionale ha preso atto con soddisfazione della risposta data dalla Corte di Lussemburgo con la seconda sentenza (c.d. Taricco II), sottolineando come la grande sezione

della Corte di giustizia, “ha compreso il dubbio interpretativo di questa Corte ed ha affermato che l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della ‘regola Taricco’, viene meno quando ciò comporta 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 prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”.

Nel giudizio costituzionale l’Avvocatura dello Stato ed una delle parti costitutesi nel giudizio costituzionale avevano chiesto alla Corte, sulla base di quanto affermato dalla sentenza Taricco II, di procedere alla restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, al fine di consentire loro di procedere al riesame della questione ed in particolare di svolgere, sul caso specifico, quella valutazione che la Corte di giustizia aveva domandato, attraverso l’inciso “a meno che”.

In effetti, sulla base di quanto affermato dalla Corte di giustizia nella Taricco II pareva doversi trarre la conclusione che la verifica della compatibilità della regola Taricco con il principio di legalità sotto il profilo della determinatezza e della irretroattività dovesse spettare ai giudici comuni.

La Corte costituzionale al contrario ha escluso la necessità di una restituzione degli atti, affermando perentoriamente che “l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto”.

9. Il periodo seguente alla vicenda Taricco: l’uso “dolce” dei controlimiti: i rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale circa il c.d. diritto al silenzio; il bonus bebè; il mandato di arresto europeo (due) e le risposte della Corte di giustizia.

La esperienza del caso Taricco pare aver mostrato in maniera chiara come i controlimiti non possano essere utilizzati come una bomba atomica, escludendo di conseguenza che il Giudice costituzionale nazionale possa impostare la questione attraverso una sorta di rigido “aut aut”. Per un utile e proficuo dialogo tra le Corti, ispirato alla massima tutela dei diritti fondamentali coinvolti, l’esperienza fatta pare indicare come preferibile un utilizzo “dolce” e collaborativo dello strumento dei controlimiti.

Quest’ultimo infatti può essere impiegato allo scopo di capire se il diritto Ue derivato, che potrebbe apparire in contrasto con i principi costituzionali o della Carta sia suscettibile di una interpretazione conforme, presentando la tradizione costituzionale nazionale non in chiave oppositiva, ma costruttiva.

Il caso Taricco parrebbe aver indicato alla nostra Corte costituzionale come essa può davvero risultare centrale e influente nella tutela dei diritti solo attraverso il raccordo ed il dialogo con le altre Corti europee e, per quello che stiamo dicendo, con la Corte di giustizia di Lussemburgo.

Questa convinzione la traiamo dai quattro casi, successivi alla vicenda Taricco, in cui la Corte costituzionale ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Il primo è stato quello del 2019 relativo al c.d. diritto al silenzio, riguardante la normativa nazionale che prevedeva una sanzione nei riguardi di chi, presentatosi ad una audizione richiesta dalla Consob, si era rifiutato di rispondere alle domande che le erano state rivolte, invocando il suo diritto a non rispondere quando le risposte potevano essere utilizzate contro di lui nel procedimento amministrativo in corso.

La Corte di cassazione aveva sollevato questione di costituzionalità della normativa nazionale per violazione del diritto di difesa.

La Corte costituzionale ha esercitato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, facendo presente che la disposizione nazionale impugnata era stata introdotta nel nostro paese in esecuzione di un obbligo specifico imposto dalla disposizione di una direttiva Ue, per cui la eventuale dichiarazione di incostituzionalità della prima avrebbe potuto porsi in contrasto con il diritto Ue.

Al tempo stesso però la nostra Corte sollevava un dubbio sulla conformità della direttiva agli art.47 e 48 della Carta, nonché all'art. 6 della Cedu.

Come ha rilevato in proposito Roberto Bin la Corte costituzionale giunge a stringere la Corte di giustizia tra una interpretazione conforme e la invalidità del diritto derivato, e “suona sommessamente il campanello dei controlimiti”, che potrebbero scattare se la Corte di Lussemburgo non aderisse alla interpretazione suggerita dalla nostra Corte.

La Corte di giustizia (2021) ha risposto nel senso che il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi rifiuto di collaborazione, quale ad esempio il rifiuto di presentarsi ad una audizione, mentre diversa è la questione di non rispondere alle domande, quando dalle risposte possa derivare un pregiudizio per la propria posizione nel giudizio.

La Corte ritiene che le disposizioni della direttiva possono essere interpretate in conformità alla Carta nel senso che esse non impongono di sanzionare una persona per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte dalle quali potrebbe emergere la sua responsabilità. Nulla nella formulazione della direttiva osta, secondo la Corte, a tale interpretazione.

La conclusione, quindi, è nel senso che, così interpretata la disposizione della direttiva non pone problemi di validità in riferimento agli art. 47 e 48 della Cdfue.

Di conseguenza la Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità della disposizione nazionale nella parte in cui si applicava anche alla persona fisica che si fosse rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che potessero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

Il secondo è dell'anno seguente (2020) ed è relativo ad una questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione avente ad oggetto la previsione per cui l'assegno di natalità e di maternità (c.d. bonus bebè) era riconosciuto solo per gli stranieri soggiornanti di lungo periodo e non per quelli titolari di un permesso di soggiorno.

La Corte costituzionale ritiene di dover chiedere preventivamente l'intervento della Corte di giustizia, rilevando come “in un campo segnato dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione, non si può non privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia, in quanto depositaria del «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (...). Il divieto di discriminazioni arbitrarie e la tutela della maternità e dell'infanzia, salvaguardati dalla Costituzione italiana (...), devono, difatti, essere interpretati anche alla luce delle indicazioni vincolanti offerte dal diritto dell'Unione europea (...). Sulla portata e sulla latitudine di tali garanzie, che si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione, si concentrano le questioni

pregiudiziali che in questa sede si ritiene di sottoporre al vaglio della Corte di giustizia”. Quest’ultima si è espressa nel senso del contrasto della normativa italiana con le direttive Ue.

La Corte costituzionale ha conseguentemente dichiarato la incostituzionalità della normativa impugnata per violazione dei principi, contenuti nella direttiva Ue, che persegue l’obiettivo di garantire una parità di trattamento ai cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nei territori degli stati membri e riconosce il diritto alla parità di trattamento per tutti coloro che sono titolari di un permesso di residenza.

Gli altri due rinvii sono del 2021 ed hanno entrambi come oggetto, sotto diversi aspetti, la disciplina del mandato di arresto europeo ed in particolare le condizioni in presenza delle quali uno stato membro può rifiutare la consegna della persona destinataria del provvedimento di arresto.

In un caso (ord. 216/2021) la Corte costituzionale chiedeva alla Corte di giustizia se la disposizione di una direttiva Ue potesse essere intesa nel senso di consentire, a determinate condizioni, al giudice nazionale di non consegnare una persona affetta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili, tali da poterla esporre al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute.

La Corte costituzionale ha ritenuto che il pericolo di grave danno per la salute dell’interessato non possa essere adeguatamente risolto attraverso la sospensione della consegna, ai sensi dell’art. 23, 3° comma, l. 69/05, il quale pare previsto a titolo eccezionale e solo per situazioni di carattere meramente temporaneo, per cui non risulta congruo nel caso di gravi patologie croniche di durata indeterminabile.

La Corte ha escluso poi che l’estensione del rifiuto di consegna alla ipotesi sopra indicata potesse essere raggiunto dal giudice nazionale in via interpretativa, in base al principio sopra ricordato secondo cui le esigenze di uniformità ed effettività comportano che sia, di regola, precluso alle autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione rifiutare la consegna al di fuori dei casi imposti o consentiti dalla decisione quadro, sulla base di standard di tutela puramente nazionali, non condivisi a livello europeo, dei diritti fondamentali della persona interessata. E ciò anche nell’ipotesi in cui, ad avviso del giudice competente, l’esecuzione del mandato di arresto europeo conducesse nel caso concreto a un risultato in contrasto con i principi supremi dell’ordinamento costituzionale o con i diritti inviolabili della persona, dal momento che soltanto alla Corte costituzionale è riservata la verifica della compatibilità del diritto dell’Unione, o del diritto nazionale attuativo del diritto dell’Unione, con tali principi supremi e diritti inviolabili.

La nostra Corte, nell’operare il rinvio, indica “argomenti che depongono in favore dell’estensione al caso oggi in esame dei principi sanciti dalla Corte di giustizia” nella giurisprudenza della stessa e osserva come, ponendosi in raccordo con le autorità giudiziarie dello Stato di emissione, sarebbe possibile, in concreto, individuare soluzioni che si rivelino rispettose di entrambe le esigenze (sicurezza e tutela della salute).

La risposta della Corte di giustizia è del mese scorso (18 aprile 2023). Essa - dopo aver richiamato i principi che stanno alla base ed a fondamento del mandato di arresto europeo, tra cui la necessaria fiducia reciproca tra gli stati – osserva come il rifiuto di consegna deve essere considerato come l’eccezione rispetto alla regola e che la normativa (decisione quadro) prevede che in circostanze eccezionali di pericolo per la vita e la salute della persona è possibile una “sospensione temporanea” della consegna della persona ricercata.

Verificata, alla luce dell’art. 4 Cdfue, la gravità della situazione, è quindi possibile quindi la sospensione (dopo l’avvenuto accertamento) cui deve però seguire un comportamento di leale collaborazione, sulla base del quale, a seguito della sospensione, debbono essere richieste

informazioni alla autorità giudiziaria emittente e adeguate garanzie. Se tali garanzie vengono fornite, il mandato di arresto europeo deve essere eseguito, concordando una nuova data, data la natura temporanea della sospensione e ad evitare il rischio di un differimento sine die.

Questa al fine la conclusione della Corte di Lussemburgo: in presenza di valide e documentate ragioni l'autorità giudiziaria può, in via eccezionale, sospendere temporaneamente la consegna e sollecitare qualsiasi informazione circa le condizioni nelle quali si intende perseguire o detenere il condannato e di adeguare le stesse allo stato di salute della persona. Laddove risulti che, entro un tempo ragionevole, tale rischio non può essere escluso, l'autorità giudiziaria "deve rifiutare di eseguire il mandato di arresto europeo"; in caso contrario deve fissare una nuova data di consegna.

Nel secondo caso (ord. 217/2021) la nostra Corte sottoponeva alla Corte di giustizia la possibilità di una interpretazione della decisione quadro, tale da consentire allo stato membro di rifiutare la consegna di un cittadino extracomunitario che avesse legittimamente ed effettivamente la residenza in Italia, quando il giudice nazionale avesse ritenuto che la pena disposta da un giudice di stato membro potesse essere eseguita nel nostro paese conformemente al suo diritto interno.

Il giudice a quo, nel sollevare la questione di costituzionalità, aveva chiesto alla Corte costituzionale se le esigenze di tutela del diritto fondamentale di un cittadino di un paese terzo a conservare i propri legami personali e familiari stabiliti sul territorio italiano impongano di riconoscere in capo all'autorità giudiziaria italiana la facoltà, non prevista dalla disposizione censurata, di rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto finalizzato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, impegnandosi correlativamente ad eseguire tale pena o misura di sicurezza sul territorio italiano.

L'intervento della Corte di Lussemburgo si rendeva necessario, a giudizio della Corte, dal momento che in settori oggetto di integrale armonizzazione, quale quello che viene in considerazione, è precluso agli Stati membri condizionarne l'attuazione al rispetto di standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali, laddove ciò possa compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

La risposta della Corte di giustizia è pervenuta (3 giugno 2023) pochi giorni dopo la data del mio intervento a questo Corso ed ha fornito una interpretazione dell'art. 20 Cdfue, nel senso che esso osta a una normativa di uno Stato membro che escluda in maniera assoluta e automatica dal beneficio del motivo di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo qualsiasi cittadino di un paese terzo che dimori o risieda nel territorio di tale Stato membro, senza che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa valutare i legami di tale cittadino con detto Stato membro.

La stessa decisione ha pure dato la corretta interpretazione della decisione quadro nel senso che per valutare se occorra rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso nei confronti del cittadino di un paese terzo che dimori o risieda nel territorio dello Stato membro di esecuzione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve procedere a una valutazione complessiva di tutti gli elementi concreti caratterizzanti la situazione di tale cittadino, idonei a indicare se esistano, tra quest'ultimo e lo Stato membro di esecuzione, legami che dimostrino che egli è sufficientemente integrato in tale Stato e che, pertanto, l'esecuzione, in detto Stato membro, della pena o della misura di sicurezza privative della libertà pronunciata nei suoi confronti nello Stato membro emittente contribuirà ad aumentare le sue possibilità di reinserimento sociale dopo che tale pena o misura di sicurezza sia stata eseguita. Tra tali elementi vanno annoverati i legami familiari, linguistici, culturali, sociali o

economici che il cittadino del paese terzo intrattiene con lo Stato membro di esecuzione, nonché la natura, la durata e le condizioni del suo soggiorno in tale Stato membro.

In entrambi i casi, pertanto, pare potersi dire che l'uso "dolce" dei controlimiti abbia portato buoni frutti, dal momento che la Corte di giustizia ha accolto l'interpretazione che, in maniera del tutto chiara ed esplicita, aveva suggerito la Corte costituzionale attraverso i suoi rinvii pregiudiziali.

10. La decisione interpretativa o additiva del Giudice costituzionale come controlimite.

Chiudo questo intervento ricordando una ipotesi particolare attraverso la quale è stata richiamata la nozione di controlimite, mi riferisco alla ipotesi in cui il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo potrebbe presentarsi quale sostanziale impugnazione di una decisione del Giudice costituzionale.

In un caso risalente (2005) fu molto discussa, ed in larga parte criticata, una decisione del Consiglio di Stato, il quale fece valere come limite all'obbligo (quale giudice di ultima istanza) del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, il fatto che la normativa che era chiamato ad applicare risultava essere il risultato di un intervento additivo della Corte costituzionale quale attuazione e realizzazione di un diritto fondamentale (nella specie il diritto alla salute). L'eventuale risposta della Corte di giustizia nel senso del contrasto di tale normativa con il diritto dell'Unione europea avrebbe determinato, a giudizio del giudice amministrativo, il sorgere di un controlimite e quindi la impossibilità del giudice nazionale di seguire la indicazione della Corte stessa.

Più recentemente una ipotesi accostabile al tema in discorso ha riguardato l'art. 111, 8° comma, Cost., il quale ammette il ricorso in cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti "per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

La lettura del medesimo era stata per diverso tempo nel senso che non rientrassero nei motivi inerenti alla giurisdizione gli eventuali vizi in procedendo o in iudicando, ma solo quelli relativi alla esistenza stessa della giurisdizione o alla invasione del campo riservato ad altro giudice.

Soprattutto in relazione ai rapporti con le Corti europee, e con quella di Lussemburgo in particolare, è stata evidenziata la necessità di vedere diversamente il rapporto tra giurisdizioni, anche a livello nazionale; ciò allo scopo di armonizzare l'interpretazione dei giudici di ultima istanza con quella del diritto dell'Unione europea fornita dalla Corte di giustizia. Da qui la necessità che uno dei plessi giurisdizionali di ultima istanza possa verificare l'effettivo realizzarsi di tale armonizzazione, dovendosi escludere un dialogo individuale e frazionato con il giudice sovranazionale da parte dei singoli giudici nazionali, titolari del potere di nomofilachia.

Su tale base la Corte di cassazione ha proceduto ad una "interpretazione dinamica" dell'art. 111, 8° comma, Cost., in sostanza ampliativa, della nozione di giurisdizione, richiamando i principi di effettività della tutela, del giusto processo e della unità della giurisdizione. Secondo questa lettura è norma sulla giurisdizione non solo quella che fissa i limiti, ma anche quella che riguarda il contenuto, su come realmente il giudice amministrativo o contabile eroghi la tutela, rispettando il contenuto essenziale della giurisdizione.

La questione è giunta, come noto, all'esame della Corte costituzionale, la quale ha fornito un'interpretazione della disposizione costituzionale relativamente ai limiti entro i quali le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti possono essere impuginate, per ragioni

di giurisdizione, di fronte alla Corte di cassazione. Più specificamente il Giudice costituzionale ha preso posizione in ordine alla suddetta giurisprudenza “dinamica” e lo ha fatto “bocciando” senza appello la stessa. La Corte ha rilevato come la tesi secondo cui il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenderebbe anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale, la quale attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo dell’art. 111 Cost., che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione. Ne consegue, ad avviso della Corte, che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso e che, in una prospettiva di sistema, la ricostruzione operata dal rimettente, parificando i due rimedi, mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell’assetto pluralistico delle giurisdizioni.

La Corte di cassazione ha esercitato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, che è sembrato una sorta di impugnazione della pronuncia del Giudice costituzionale.

Due in particolare i quesiti posti dalle sezioni unite civili alla Corte di giustizia: a) la conformità al trattato della esclusione del ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato configgenti con il diritto dell’Unione europea; b) la conformità al trattato della esclusione del ricorso contro le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano deciso vertenze rilevanti per l’applicazione del diritto dell’Unione, omettendo senza ragione il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia ha ritenuto che il diritto Ue non impone allo stato membro di prevedere la possibilità di impugnare, di fronte all’organo giudiziario supremo le decisioni adottate dal supremo organo amministrativo allo scopo di porre rimedio alla violazione del diritto ad un ricorso effettivo, “qualora il diritto nazionale di tale stato non preveda un siffatto mezzo di impugnazione”.

Di recente la Corte di giustizia si è occupata di un caso analogo propostole da un giudice della Romania, il quale faceva presente come la giurisprudenza del Giudice costituzionale rumeno fosse nel senso che una disposizione di legge ritenuta conforme alla Costituzione non può formare oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, pena l’instaurazione nei suoi confronti di un procedimento disciplinare. Il giudice poneva alla Corte di giustizia due quesiti: a) se sia conforme al diritto dell’Unione europea il divieto per il giudice di valutare la conformità allo stesso di una legge nazionale nel caso in cui la stessa sia stata ritenuta conforme alla Costituzione da parte del Giudice costituzionale; b) se sia conforme alla garanzia di indipendenza del giudice la previsione, nel caso di inosservanza di una sentenza della Corte costituzionale nell’ipotesi sopra descritta, di un procedimento disciplinare.

La Corte di Lussemburgo si è espressa nel senso della incompatibilità di una normativa quale quella rumena con il principio del primato del diritto dell’Unione ed ha sostenuto che il giudice nazionale, quindi, può e deve disapplicarla.

Sindacato di legittimità della legge e convergenza tra parametri costituzionali e parametri sovranazionali: precedenze, interazioni, procedure*

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. 2. Lo scopo del superamento della cd. dottrina *Granital*. 3. Le reazioni critiche. 4. Le difficoltà applicative della nuova dottrina. 5. Il seguito della nuova dottrina da parte della Corte di Cassazione. 5.1. Il seguito della precisazione come «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia». 5.2. Il rifiuto della precisazione. 6. In conclusione.

1. Introduzione al tema.

Non si dovrebbe mai parlare di giustizia costituzionale dopo che lo ha fatto Roberto Romboli. Ma mi trovo nella situazione di doverlo farlo grazie alla amichevole perfidia di Guglielmo Leo che mi ha regalato un onore grandissimo, e gravato di un confronto che mi vede perdente già in partenza. Ho nei confronti di Roberto Romboli non solo un debito scientifico, come tutti gli studiosi di diritto costituzionale, ma anche una profonda riconoscenza.

Detto questo, è un onore prendere la parola nell'ambito di questo Corso. Mi sia consentito esprimere un sentito e particolare ringraziamento per l'invito al Presidente Lattanzi, al direttivo della Scuola e, nonostante la mia premessa, all'esperto formatore, il Dottor Leo.

Nel mio ultimo lavoro monografico, *La Corte nel contesto*¹⁸⁸, ho interpretato la cd. *precisazione* contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 (vedi *infra*), e il seguito che la nuova dottrina giurisprudenziale¹⁸⁹ negli anni successivi, come un'innovazione contenente elementi tanto di rassicurazione per il giudice comune/ordinario e per quello del Lussemburgo, quanto di superamento della cd. regola *Granital* (170/1984¹⁹⁰).

La *precisazione* del 2017 è stata, per quanto inattesa e criticata, facile da capire. Lo scopo è quello di ribadire la centralità dello strumento della dichiarazione di illegittimità costituzionale con effetto *erga omnes*, capace di rimuovere dall'ordinamento la norma in ipotesi in contemporaneo contrasto con i parametri europeo ed italiano tutte le volte in cui in gioco vi sia una norma interna sospettata di incompatibilità sia con la Costituzione che con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

* La presente relazione è aggiornata alla data 15 Giugno 2022

¹⁸⁸ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020, in open access <https://buponline.com/prodotto/la-corte-nel-contesto/>, pp. 183-257 ss. Rimando al volume anche per più ampi riferimenti di dottrina.

¹⁸⁹ Sia permesso rinviare sul significato di dottrina giurisprudenziale della Corte costituzionale a D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 61 ss.

¹⁹⁰ Si consiglia di rivedere le interessanti riflessioni di Cesare Pinelli sul pensiero maturato dal relatore della decisione, Id., *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1986, pp. 1856 ss.; Id., *Antonio La Pergola, giurista costruttore*, in *Diritto Pubblico*, 2/2007, pp. 571 ss.; Id., *Intervento*, in *Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte costituzionale Antonio La Pergola*, Palazzo della Consulta, 17 dicembre 2008, pp. 43 ss.

Nel mio studio ho spiegato con dovizia di particolari gli elementi che hanno condotto a questo tentativo di rafforzamento. Certamente un peso cruciale lo ha avuto, da un lato, la proclamazione della Carta dei diritti¹⁹¹, che il Trattato di Lisbona equipara, per quanto concerne il valore giuridico, ai Trattati, e l'effetto diretto riconosciuto dalla Corte di giustizia ad alcuni suoi articoli. Dall'altro, la grande fortuna che, nell'ordinamento italiano, ha riscosso lo strumento del rinvio pregiudiziale. Il rischio che si voleva evitare è che il circuito della giurisprudenza europea (giudici nazionali + Corte di giustizia) si sovrapponesse a quello della giustizia costituzionale fino a spingerlo in secondo piano. Esempio paradigmatico è la cd. saga Taricco che, iniziata con un rinvio pregiudiziale che non coglieva nel segno del giudice di Cuneo, si è poi conclusa, alcuni anni dopo, in seguito ad un provvedimento, per quanto criticato, rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale¹⁹² al giudice del Lussemburgo¹⁹³.

Si tratta non solo di *responsabilità istituzionale* del giudice delle leggi, ma anche di ricerca di *legittimazione*, qui da intendere come capacità della Corte costituzionale di attrarre le questioni di legittimità emergenti dinanzi ai giudici ordinari, evitando che esse fluiscano in tutto o in larga parte altrove¹⁹⁴.

La presente relazione si articola in quattro parti: lo scopo del superamento della cd. dottrina *Granital*; le reazioni critiche; le difficoltà applicative della nuova dottrina; il seguito della nuova dottrina da parte del giudice nazionale, in particolare della Suprema Corte di Cassazione.

2. Lo scopo del superamento della cd. dottrina *Granital*.

La Corte costituzionale, a partire dalla fondamentale sentenza n. 170 del 1984, cd. *Granital*, e almeno sino alla ordinanza n. 48 del 2017 (ribadita, anche più recentemente, dalla 67/2022), ha messo a punto un preciso “ordine” da seguire: davanti ad una cd. doppia pregiudizialità si deve dare precedenza a quella comunitaria, poiché essa costituisce «un *prins* logico e giuridico» rispetto alla questione di costituzionalità, investendo la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio *a quo* e pertanto la rilevanza della questione. Di conseguenza, la questione pregiudiziale di legittimità costituzionale è inammissibile ove il giudice rimettente chiedesse la verifica di costituzionalità di una norma, pur esplicitando un dubbio quanto alla corretta interpretazione di norme comunitarie ed un contrasto con queste ultime; il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario va risolto, infatti, eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l'irrilevanza della questione stessa (sentenze nn. 75 del 2012, 298 del 2011, 284 del 2007, ordinanze nn. 298 del 2011, 241 del 2010, 100 del 2009, 85 del 2002, 249 del 2001).

¹⁹¹ Tra i molti per i profili qui di interesse si veda A. O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, 3/2020.

¹⁹² Adita dal Tribunale di Milano e della Corte di Cassazione che, pur potendo disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione relativa al corretto significato da attribuire all'art. 325 TFUE e alla sentenza Taricco, hanno preferito interpellare la Corte costituzionale.

¹⁹³ Solo in seguito al rinvio disposto dal Collegio, con l'ord. n. 24 del 2017, la Corte del Lussemburgo ha chiarito che l'obbligo di disapplicazione non era destinato a operare nei casi in cui ciò avrebbe comportato la violazione della legalità penale dello Stato aderente, ovvero di un principio costituzionale che, la sent. n. 115/2018, a chiusura della cd. saga Taricco, ha definito supremo.

¹⁹⁴ Sia permesso rinviare sul significato di legittimazione in questo contesto a D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 84 ss.

La dottrina elaborata dalla Corte ha favorito lo sviluppo del diritto Ue e la sua pervasività in sintonia con i desiderata delle Istituzioni Ue e della Corte di giustizia, ma certamente ha sollevato perplessità in particolare da quando la Carta dei diritti della Ue (CDFUE) è divenuta diritto primario e uno dei riferimenti dei giudici Ue.

Valerio Onida, nel seminario organizzato dalla Corte nel 2007 sui rapporti tra i due ordinamenti, riconobbe che «l'affermazione del sindacato diffuso di conformità delle leggi al diritto comunitario sembrerebbe aver suggerito l'idea di un generalizzato 'controllo' dei giudici sulle leggi in nome della supremazia dell'ordinamento comunitario, che potrebbe finire per rendere inutile o solo facoltativo il ricorso alla Corte costituzionale attraverso la proposizione di questioni incidentali»¹⁹⁵. La *reticenza*, durata tanti decenni, della Corte a usare la pregiudiziale comunitaria ha finito per corroborare la *fuga* dei giudici comuni dalla giustizia costituzionale¹⁹⁶ e «quindi una riduzione di fatto, e non la salvaguardia, del ruolo della Corte costituzionale»¹⁹⁷. Tenuto conto di questo scenario, Onida ha sottolineato che il portato della *giurisprudenza Granital* ha condotto a riconoscere in capo alla CGUE una sorta di sindacato sulla legge analogo a quello operato dalla stessa Corte costituzionale, seppur con effetti ben diversi¹⁹⁸.

La possibile *sovrapposizione* tra le due sedi di controllo, denunciata da Onida, risulta dunque «ancora più manifesta quanto più si estende l'area dei principi tratti dal diritto comunitario, che sono vincolanti per il legislatore interno e possono essere ritenuti dotati di efficacia diretta, ma che assai spesso non sono diversi dai principi che si traggono dalla Costituzione, garantiti dal sindacato costituzionale sulle leggi. [...] decidere se invocare come parametri le norme costituzionali sui diritti, o invece le norme comunitarie sugli stessi diritti, può divenire allora espressione di una scelta sostanzialmente discrezionale o, meglio, "libera" del giudice»¹⁹⁹. Non va poi dimenticato che da ormai più di dieci anni i giudici italiani sono secondi soltanto ai colleghi tedeschi per numero di rinvii pregiudiziali (sono stati 286 nel periodo 2014-2018)²⁰⁰ forse anche per la maggiore facilità con cui essi si scrivono²⁰¹.

La *precisazione* contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale è stata l'occasione, come sostenuto Augusto Barbera (componente del collegio), per interrogarsi sui problemi posti dall'esistenza dei due canali paralleli che si sono appena accennati, da un lato la CGUE e i giudici comuni e dall'altro la Corte costituzionale²⁰², e per aggiornare la *dottrina*

¹⁹⁵ ID., *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale*, cit., in part. p. 68.

¹⁹⁶ Cfr. M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione e giustizia*, 2018.

¹⁹⁷ V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 47 ss., p. 62; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, pp. 633 ss., in part. p. 639, torna a ribadire questa valutazione, sostenendo che lo sviluppo del rinvio pregiudiziale proprio grazie a quanto stabilito dalla giurisprudenza costituzionale ha portato i giudici a conseguire «un risultato altrimenti precluso: liberarsi dal vincolo della legge».

¹⁹⁸ ID., *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 29 ss., in part. pp. 46 e 50. La pronuncia di illegittimità costituzionale ha effetti *erga omnes*, mentre la decisione della CGUE si limita a imporre al giudice nazionale di non applicare la legge incompatibile con il diritto Ue.

¹⁹⁹ ID., *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»*, cit., pp. 50-51.

²⁰⁰ Cfr. la Relazione annuale sulla giurisprudenza e le attività della Corte del 2019, in www.curia.europa.eu.

²⁰¹ Del resto, va tenuto in considerazione che la pretesa sempre più stringente dalla parte della Corte di una motivazione esaustiva e di argomentazioni approfondite nelle ordinanze di rinvio è stato un elemento che può aver pesato nella scelta del giudice comune di propendere per il rinvio, così F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2008, pp. 1288 ss., in part. p. 1290.

²⁰² ID., *La Carta dei diritti, La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, pp. 149 ss.

*Granital*²⁰³: «[...] le violazioni dei diritti della persona 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.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt.* 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito [...] questa Corte ritiene che laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»²⁰⁴.

L'*obiter* inserito nella decisione del 2017 esprime la volontà della Corte costituzionale di essere introdotta subito nella conversazione sui diritti fondamentali dotati di veste sia italiana sia europea (cosa che nella cd. saga Taricco, come si è detto, non era avvenuta, creando non poche incertezze). Ma non esclude, in linea di principio, che, qualora sorgessero discordanze interpretative tra la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo, il giudice comune potrebbe alla fine allinearsi alla seconda. L'inversione è servita per permettere alla Corte costituzionale di dire *la prima parola* – cioè, fissare il quadro dei riferimenti e dei problemi, nei quali la dialettica è destinata a svilupparsi e dai quali dunque, in certa misura, essa resterà comunque condizionata – visto che avere *l'ultima parola*, nei confronti della Corte di giustizia, non garantisce a sufficienza la garanzia del controllo di costituzionalità²⁰⁵. In primo piano, cioè, c'è la possibilità processuale per la Corte costituzionale di prendere subito parte attiva alle discussioni sulla compatibilità tra leggi nazionali e Carta di Nizza, e di impostarne i termini.

Più nel particolare, l'inversione dell'ordine tra pregiudizialità comunitaria e costituzionale in caso di cd. doppia pregiudizialità, che l'*obiter* della decisione n. 269 del 2017 è sembrato compiere, ha sancito il superamento del tradizionale modello di assetto dei rapporti tra diritto Ue e nazionale in tema di protezione dei diritti.

Senza dubbio la Corte fa un chiaro *richiamo all'ordine* per i giudici comuni: quando sul tavolo ci sono diritti costituzionali, e non classiche libertà economiche del diritto Ue, è opportuno rivolgersi, in primo luogo, al giudice costituzionale. Richiamo non dissimile a quelli fatti, nel 2007 e nel 2015, in riferimento ai limiti nei quali fare uso da parte del giudice comune della giurisprudenza EDU (*supra* pgr. 2.1). Davanti a tale richiamo occorre dare però ai giudici comuni gli esatti termini, anche pratici, del coordinamento²⁰⁶.

²⁰³ Sia permesso rinviare per maggiori approfondimenti riguardo alla creazione della dottrina Granital da parte della Corte a D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 198 ss.

²⁰⁴ §§ 5.2, sent. n. 269 del 2017.

²⁰⁵ Per Sabino Cassese la moltiplicazione delle istituzioni abilitate a dire l'ultima parola fa capire che non è importante chi dica l'ultima parola, ma chi partecipa al dialogo, ID., *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, 1/2015, pp. 21 ss., in part. p. 30.

²⁰⁶ Molti al momento sono invece i dubbi che nutrono i giudici che temono di essere rimasti sguarniti dei criteri per decidere l'ordine delle questioni da sottoporre al giudice costituzionale e a quello del Lussemburgo, come mette in luce acutamente A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 2019. Si veda il tentativo in dottrina di enucleare criteri che

Il riferimento obbligato è alle modalità con le quali la Corte ha utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale. Per decenni la Corte ne ha categoricamente escluso l'utilizzo, forse anche a causa di una sorta di *judicial ego*²⁰⁷. Con la discussa ordinanza n. 536 del 1995, la Corte chiarì di non voler utilizzare direttamente lo strumento del rinvio pregiudiziale poiché la sua funzione era quella «di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni». Il nostro Collegio rifiutava, cioè, di considerarsi una *giurisdizione nazionale* cui l'allora art. 177 del Trattato istitutivo (*ex* art. 234 TCE, oggi art. 267 TFUE) ricollegava il potere/dovere di utilizzare tale strumento.

Fortunatamente, è proprio il caso di dirlo, la Corte ha rimeditato la sua posizione di chiusura e ha iniziato a 'impraticarsi' via via nell'uso del rinvio: mi riferisco alle ordinanze nn. 103 del 2008, in via principale, 207 del 2013²⁰⁸ e 24 del 2017, in via incidentale. Seppure tardivamente, questi rinvii si sono rivelati strumentali ad *aprire le comunicazioni* con i colleghi della Corte di Lussemburgo: dapprima in un caso di tassazione discriminatoria, poi in uno sui diritti dei lavoratori, il cd. caso Mascolo, ed infine, in tema di frodi IVA, nella cd. saga Taricco in cui la Corte riesce, tramite il suo rinvio pregiudiziale (ord. n. 24 del 2017), a illustrare le peculiarità del principio costituzionale *nullum crimine nulla poena sine praevia lege poenali* che non erano state valutate adeguatamente da una decisione della Corte di giustizia resa su rinvio pregiudiziale del giudice per le indagini preliminari di Cuneo (8 settembre 2015 in causa C-105/14). Pur senza entrare nel merito della complicata vicenda²⁰⁹, vale la pena, ai fini del ragionamento seguito in queste pagine, richiamare la possibile differenza tra il rinvio pregiudiziale articolato dal giudice comune che si muove nel perimetro delle problematiche sollevate dal caso che è chiamato a decidere e quello invece sollevato dalla Corte costituzionale che ha una visione prospettica che va oltre il caso singolo per ampliarsi a comprendere l'intero ordinamento costituzionale. Che i due rinvii, dunque, partano da posizioni diverse e si pongano fini diversi è perfettamente comprensibile.

Il *canale di comunicazione* può funzionare dunque non solo per *ricevere*, ma anche per *trasmettere* alla Corte di giustizia i problemi costituzionali che pongono talune decisioni, come aveva raccomandato Joseph Weiler al Convegno AIC di Perugia del 1999: «Le supreme Corti

possano orientare il giudice, F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali: criteri guida per la scelta del giudice comune e giudizio di costituzionalità*, in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 63 ss.

²⁰⁷ Come lo ebbe a definire J.J.H. WEILER, 'Editorial: Judicial Ego', in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, 1, 2011, pp. 1 ss. Atteggiamento peraltro seguito anche dai colleghi spagnoli, francesi, tedeschi (che lo hanno superato, rispettivamente, solo nel 2011, nel 2013 e nel 2014. Capofila dell'atteggiamento contrario, e dunque dell'utilizzo frequente del rinvio è stato, come ben si sa, il giudice costituzionale belga. Si rimanda sul tema allo *Special issue – Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts*, curato da M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, in *German Law Journal*, vol. 16, 6, 2015; D. PARIS, *Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 6, 2017, pp. 792 ss.

²⁰⁸ Si veda il lucido commento di A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2013, pp. 2897 ss., in cui l'A. metteva in evidenza, da par suo, che il rapporto che si instaura tra Corti, quando una solleva questione dinanzi ad un'altra, è particolarmente intenso, perché promuovere un giudizio significa in qualche modo anche partecipare, in via dialettica, alla decisione.

²⁰⁹ Tra i molti contributi sull'argomento, si vedano, esemplarmente, M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, pp. 15 ss.; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, Napoli, Jovene, 2017.

dovrebbero non soltanto rivolgere questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, ma dovrebbero configurare queste ultime non come domande, ma come proposte di soluzione, che spieghino dettagliatamente le ragioni per cui tali proposte siano preferibili nella prospettiva della sensibilità costituzionale della Corte che opera il rinvio. Questo costringerebbe anche la Corte di giustizia europea a prendere in considerazione, a riflettere su e a rispondere a tale sensibilità costituzionale e, nel caso in cui se ne discosti, a giustificare la sua scelta»²¹⁰.

Approdo ultimo di questo *crescendo* è l'ordinanza n. 117 del 2019 con cui il Collegio svolge non solo un rinvio interpretativo, ma anche di validità, argomentando la necessità di riconoscere compiutamente il “diritto al silenzio”, riconducendolo agli artt. 6 CEDU, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, 48 e 49 della CDFUE e all'art. 24 Costituzione.

Ebbene la risposta che la Corte di giustizia ha fornito a questa ordinanza con la decisione del 2 febbraio 2021, DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), caso C-481/19, è stata eclatante perché, per la prima volta, ha riconosciuto che una persona fisica non può venire sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale. Il riconoscimento di tale ‘diritto al silenzio’ è stato ottenuto grazie alle argomentazioni avanzate dal giudice costituzionale italiano, in assenza di precedenti diretti nella nostra giurisprudenza.

3. Le reazioni critiche.

Numerose sono state le reazioni sia della dottrina²¹¹, sia della magistratura, entrambe impegnate nel misurare la distanza dell'*obiter* dalla giurisprudenza consolidata a far data dal 1984.

Non è mancato chi, nel commentare la svolta del 2017, ha manifestato un duplice timore: di un possibile *grave imbarazzo* dei giudici comuni nella loro doppia qualità di giudici nazionali e di giudici del diritto Ue; nonché di una sorta di *ingessatura* del giudice, il cui l'intervento non solo verrebbe ritardato, ma anche espropriato di molte valutazioni essenziali, tra cui la strada più opportuna per rendere giustizia il prima possibile²¹².

Più in generale è stato poi espresso il timore della reazione da parte della Corte di giustizia.

4. Le difficoltà applicative della nuova dottrina.

La Corte è tornata sul tema della cd. doppia pregiudiziale nel 2019, nel 2020 e nel 2022. Si tratta delle pronunce nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019, nn. 11, 44, 254 del 2020, nn. 31, 54, 67 e 137 del 2022. Le sentenze contengono elementi sia di *rassicurazione* tanto per il giudice

²¹⁰ J.J.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2000, pp. 5 ss., in part. pp. 13-14.

²¹¹ In merito alle perplessità suscitate dall'*obiter*, esemplarmente, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurolunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017. Si è arrivati a ricordare che scardinare il meccanismo del rinvio pregiudiziale potrebbe portare a un possibile ricorso per infrazione per violazione congiunta degli artt. 4 e 19 TUE, cfr. L.S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 16, 2018, pp. 1 ss., in part. p. 10.

²¹² G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 2019.

nazionale, quanto per quello del Lussemburgo, ma allo stesso tempo, almeno a mio parere, anche di *conferma* del superamento dell'assetto che si era affermato dalla decisione n. 170 del 1984 in poi. Pongono inoltre nuovi interrogativi²¹³, oltre a risolvere diversi profili di incertezza contenuti nella 269.

Da un lato, l'inversione della pregiudiziale sembra venire ridotta da precedenza in senso tecnico, giuridicamente doverosa (come diceva la precisazione), a più tenue opportunità, se non proprio a mera proposta metodologica. In qualche modo si tratterebbe di una sorta di temperamento²¹⁴. Dall'altro, è stato ampliato l'oggetto delle questioni sottoponibili allo scrutinio della Corte anche i) al diritto Ue diverso dalla CDFUE, purché in connessione con i diritti da quest'ultima tutelati (nei termini previsti dalla sentenza n. 20 del 2019) o ii) ad una delle classiche libertà economiche fondamentali garantite dai Trattati (n. 11 del 2020). Insomma, decisivo non è più il fatto che il parametro europeo derivi principalmente dalla CDFUE, ma soltanto che esso – quale che sia la sua fonte, compresi i Trattati, e la sua efficacia – corrisponda per contenuto ai parametri interni²¹⁵.

Concludevo le mie riflessioni monografiche, quasi due anni fa, rimandando al futuro la valutazione del tipo di seguito che la precisazione avrebbe avuto presso i giudici. I giudici si sarebbero trovati in grave imbarazzo nella loro doppia qualità di giudici nazionali e di giudici del diritto UE? Si sarebbero sentiti per così dire ingessati, vedendo il loro intervento non solo ritardato da un ricorso in Corte costituzionale, ma anche espropriato di molte valutazioni essenziali, tra cui la strada più opportuna e veloce per rendere giustizia il prima possibile²¹⁶?

A distanza di qualche anno, l'incontro di oggi ci offre la possibilità di mettere alla prova il consolidamento e il rendimento della nuova dottrina. Provo dunque a verificare se e come il nudging della Corte costituzionale abbia funzionato in riferimento alla posizione della Suprema Corte di Cassazione²¹⁷.

5. Il seguito della nuova dottrina da parte della Corte di Cassazione.

Esaminare le risposte della Suprema Corte è interessante anche in considerazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da cui è gravata (art. 267.3 TFUE).

L'atteggiamento, almeno per ora, non è affatto univoco.

Sono infatti emersi interrogativi significativi rispetto alla nuova dottrina, in particolare ai fini del ragionamento svolto in queste pagine: i) la questione di costituzionalità va sempre

²¹³ In riferimento alle decisioni del 2019 si veda per tutti la acuta riflessione di A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 2019.

²¹⁴ C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC* 1/2020, pp. 1 ss.

²¹⁵ E lo si fa con una motivazione laconica: è stato lo stesso giudice comune «nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni».

²¹⁶ G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 2019.

²¹⁷ Sull'orientamento della Cassazione si rinvia esemplarmente ad A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018; Id., *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela, Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino, 2022, pp. 213 ss. Si veda anche, aggiornato al 2019, la rassegna *La giurisprudenza delle Sezioni Civili Anno 2019, Gli orientamenti delle Sezioni Civili*, vol. I, https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rassegna_civile_2019-vol_1-2-3.pdf.

sollevata con precedenza rispetto all'eventuale rinvio pregiudiziale? *ii*) è precluso al giudice rimettente, in seguito a un eventuale rigetto (o accoglimento solo parziale) nel merito delle questioni sollevate, di porre gli stessi quesiti alla Corte di Lussemburgo ed, eventualmente, sulla base delle risposte ricevute (se divergenti da quelle del giudice costituzionale), di disapplicare la legge italiana? *iii*) la innovativa soluzione, pur non mancando certamente di una sua logica e razionalità, può ritenersi in linea con la giurisprudenza Ue? *iv*) la garanzia del prioritario intervento della Corte costituzionale si estende anche ai casi in cui la coincidenza opera tra diritti garantiti in Costituzione e diritti fondamentali che *non* sono inseriti nella Carta, o *non solo* in essa, ad esempio perché rilevati dalla Corte (*anche*) in base al meccanismo (tuttora operante come riconosciuto dall'art. 6, comma 3, TUE) del ricorso ai principi generali del diritto²¹⁸?

I casi di accoglimento della precisazione non sono certamente numerosi. Nella quasi totalità hanno offerto l'occasione alla Corte costituzionale di procedere al rinvio pregiudiziale cui è seguita una pronuncia di fondatezza²¹⁹. L'elaborazione della doppia pregiudiziale sembra, cioè, aver avuto un primo effetto abbastanza chiaro: si è accompagnata al rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo con la Corte di giustizia. Ciò che a molti commentatori era parso un indebolimento del primato del diritto Ue nel nostro ordinamento; ciò che a molti giudici comuni era sembrato una riduzione del ruolo di giudice europeo; si è rivelato nei fatti interpretato dalla Corte costituzionale come un'occasione da non sprecare per dimostrare una profonda conoscenza del diritto Ue e un atteggiamento collaborativo.

5.1 Il seguito della *precisazione* come «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia».

Non a caso nel 2020 (ord. n. 182, vedi *infra*) il giudice costituzionale ha precisato che il rinvio pregiudiziale si colloca «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)» (sent. n. 269 del 2017, punto 5.2. del Considerato in diritto). L'intervento chiarificatore che si richiede alla Corte di giustizia è funzionale, altresì, alla garanzia di uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto dell'Unione.

Di più. La Corte costituzionale dimostra, come già nel rinvio in merito alla saga cd. Taricco, di intendere il rinvio come il *canale di comunicazione* possa funzionare non solo per *ricevere*, ma anche per *trasmettere* alla Corte di giustizia i problemi costituzionali che pongono talune decisioni, come già ricordato in questa relazione.

²¹⁸ R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in Osservatorio sulle fonti, 1/2018, pp. 1 ss., in part. p. 31.

²¹⁹ Mi riferisco alle sentenze 84/2021 e 54/2022. Sulla prima, tra i molti, T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2/2021; S. FILIPPI, *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84, ConsultaOnline*, III/2021, pp. 767 ss. Sulla seconda, B. NASCIMBENE E I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022; A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il secondo "dialogo" tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, in *ConsultaOnline*, I/2022, pp. 252 ss.

La prima applicazione in assoluto della *precisazione* ha condotto a esiti davvero felici. La seconda Sezione civile, il 16 febbraio 2018, con l'elaborata ordinanza n. 54 (Bolognesi c. CONSOB) - a distanza di poco meno di due mesi dalla pubblicazione in Gazzetta della 269 del 2017 - ha applicato la *precisazione*, pur evidenziandone i profili di criticità. Ad esempio, l'ordinanza chiedeva alla Corte se l'inciso «per altri profili», contenuto nella precisazione, voleva significare che le violazioni della CDFUE escluse nel giudizio costituzionale non potevano più essere oggetto di cognizione da parte del giudice comune.

In estrema sintesi, la Cassazione, alle prese con un caso di sanzioni applicate dalla CONSOB per abuso di informazioni privilegiate e intralcio alle indagini della stessa autorità, si trovava dinanzi a due ordini di problemi che chiamavano in causa principi fondamentali della materia penale (*nemo tenetur se detegere* e proporzione tra illeciti e sanzioni), dotati di tale rilievo, da avere, per così dire, veste sia interna sia sovranazionale. Le molteplici dimensioni di questi principi determinavano, per ciascuno di essi, un problema di doppia pregiudizialità: era sospetta la violazione tanto della Costituzione (e di fonti internazionali, come la CEDU, che operano attraverso la mediazione dell'art. 117, primo comma, Cost.), quanto della CDFUE.

Se l'ordinanza di rimessione si è contraddistinta per precisione e profondità, la Corte costituzionale, dal canto suo, non si è fatta trovare impreparata²²⁰: ha confezionato, con l'ord. 117 del 2019, un rinvio pregiudiziale sia di interpretazione che di validità, particolarmente articolato, argomentando la necessità di riconoscere compiutamente un «diritto al silenzio»²²¹, riconducendolo agli artt. 6 CEDU, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, 48 e 49 della CDFUE e all'art. 24 Costituzione.

Lo ha potuto fare, in primo luogo, in quanto «organo giurisdizionale» nazionale, con buona pace di quanto scritto nell'ordinanza n. 103 del 2008 che, nel rappresentare il primo rinvio pregiudiziale in assoluto, aveva insistito sul diverso modo di operare del vincolo comunitario nei giudizi pendenti davanti ai giudici comuni e nei giudizi costituzionali (in quel caso in via principale)²²². In secondo luogo, sulla base di quanto affermato nell'*obiter* della pronuncia n. 269 del 2017, la Corte, nel vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di leggi nazionali alle norme della Carta, è nelle condizioni di valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla CDFUE, anche «attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta [...]» (§ 2 Considerato in diritto)²²³.

²²⁰ L'illegittimità costituzionale della previsione della confisca obbligatoria del prodotto dell'illecito amministrativo e dei beni utilizzati per commetterlo è stata basata, nella sentenza 112/2019, sul contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale CEDU, nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, paragrafo 3, CDFUE.

²²¹ L'ordinanza, nel dimostrarsi molto aggiornata e consapevole della giurisprudenza sia della Corte di Strasburgo che di Lussemburgo, non trascura di spiegare che il cd. diritto al silenzio, pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale, costituisce per la giurisprudenza costituzionale un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa», riconosciuto dall'art. 24 Cost., diritto appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana che caratterizza l'identità costituzionale italiana.

²²² M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: primo atto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2008, pp. 1312 ss., che non riteneva implausibile una futura interlocuzione diretta della Corte costituzionale con la Corte di giustizia, p. 1316. Ordinanza che peraltro neppure viene nominata da quella del 2019, secondo quello stile della Corte in base al quale i nuovi orientamenti sono spesso introdotti senza enfatizzare la giurisprudenza precedente.

²²³ Il rinvio pregiudiziale era stato raccomandato da più parti, cfr., tra gli altri, L.S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale"*, in *Federalismi.it*, 16/2018, p. 7.

Nel rinvio pregiudiziale del 2019 il Collegio ha specificato la necessità di capire *i)* se la normativa interna – che prevede l'obbligo di sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza sui mercati finanziari, in attuazione del diritto UE – vada interpretata nel senso di consentire allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o con sanzioni amministrative di natura "punitiva"; *ii)* se, nel caso la risposta sia negativa, tale obbligo possa essere considerato compatibile con il diritto dell'individuo a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, deducibile dagli artt. 47 e 48 della Carta.

Il rinvio pregiudiziale si rivela così più complesso di quello ipotizzato dall'ordinanza della Cassazione, perché si tratta, nella sostanza, di un rinvio che riguarda la validità del diritto derivato, oltre, e forse più, che l'interpretazione della CDFUE. Il giudice costituzionale sembra padroneggiare con estrema dimestichezza tale strumento, tanto che problematizza ulteriormente (rispetto a quanto richiesto dall'ordinanza di remissione) il dialogo con la Corte di giustizia. Il *quid pluris* è dato dalla peculiarità della funzione affidata alla giustizia costituzionale. Si potrebbe dire che il rinvio costituisca una sorta di risposta a chi, all'indomani della *precisazione*, si chiese polemicamente sotto quali aspetti potesse essere differente il rinvio a seconda che fosse proposto dalla Corte costituzionale o dai giudici comuni.

Da questo punto di vista, va sottolineato che la scelta italiana dimostra la volontà di coinvolgere, davvero la Corte di giustizia nell'ottica di uno spirito di leale collaborazione. Soprattutto se si considera, come è stato fatto, che il giudice costituzionale avrebbe ben potuto avviarsi ad un accoglimento delle questioni *ex* artt. 24 e 111 Cost. e art. 6 CEDU, ma che non lo ha fatto, perché altrimenti i profili collegati al diritto UE sarebbero rimasti assorbiti.

Ma anche il terzo attore della triangolazione non è stato da meno.

La risposta che la Corte di giustizia, come ho già ricordato *supra*, ha fornito a questa ordinanza con la decisione del 2 febbraio 2021, DB c. CONSOB, caso C-481/19, è stata eclatante perché, per la prima volta, ha riconosciuto che una persona fisica non può venire sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale. Il riconoscimento di tale 'diritto al silenzio' è stato ottenuto grazie alle argomentazioni avanzate dal giudice costituzionale italiano, in assenza di precedenti diretti nella nostra giurisprudenza. Nulla poi è stato detto dal giudice del Lussemburgo in merito alla compatibilità della precisazione con il primato del diritto Ue²²⁴.

In questa vicenda mi pare che le tre Corti protagoniste abbiano dato prova di *saggezza*: la prima perché, già pronta al rinvio pregiudiziale, come si nota dal profondo ragionamento contenuto nell'ordinanza di remissione, ha avuto la lucidità e la flessibilità di imboccare la strada incognita indicata dalla pronuncia n. 269 del 2017, senza sentirsi in qualche modo defraudata del proprio ruolo di giudice europeo; la seconda ha voluto e saputo fare un rinvio pregiudiziale, assicurando la Corte di giustizia sulla sua fedeltà al primato del diritto UE; la terza ha valorizzato gli sforzi delle prime due, offrendo un esempio virtuoso della cd. tutela multilivello dei diritti.

²²⁴ Celebra il nuovo ruolo acquisitor dalla Corte costituzionale italiana D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, Weekend Edition n° 54, 16 aprile 2021, https://issuu.com/eulawlive/docs/weekend_edition_54, 2.

Nel 2019, le ordinanze della Cassazione, sez. lavoro, nn. 175, 177-182, 188-190²²⁵, hanno rivolto alla Corte una questione di legittimità circa la discriminazione degli stranieri nell'accesso all'assegno di natalità (tema sul quale il contenzioso con l'INPS è corposo). Pur riconoscendo che la questione avrebbe potuto essere esaminata alla stregua del diritto antidiscriminatorio UE, eventualmente previo rinvio pregiudiziale, si è optato per l'incidente di illegittimità costituzionale, citando, *ad colorandum*²²⁶, l'art. 34 della Carta di Nizza allo scopo di ottenere una valutazione di ragionevolezza capace di produrre effetti *erga omnes*²²⁷.

Anche in questo caso la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 182 del 2020 si è rivolta per un chiarimento interpretativo alla Corte di giustizia, cui, anche in questo frangente è seguita una sentenza di fondatezza²²⁸. Di nuovo il rinvio è stato molto articolato. La Corte di Lussemburgo (2 settembre 2021, *O.D. e altri c. INPS* (C-350/20) ha affermato l'incompatibilità della normativa italiana con l'art. 12, paragrafo 1, lettera e) della direttiva della direttiva 2011/98/UE, sulla parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini degli Stati membri (§ 34). Si è specificato che la questione sottoposta dai giudici costituzionali va esaminata unicamente alla luce della direttiva 2011/98/UE e non con riferimento all'art. 34 della Carta cui la direttiva dà espressione²²⁹.

²²⁵ In una delle ordinanze di rimessione, la 179, la S.C. osserva che la "non applicazione" della disposizione contenuta nell'art. 1, comma 125, della l. n. 190 del 2014, ovviamente limitato all'inciso che richiede per cittadini extracomunitari anche il possesso di permesso di lungo soggiorno, non potrebbe realizzare effetti analoghi a quelli derivanti dalla sua pronuncia di incostituzionalità, in quanto solo in sede di giudizio costituzionale è possibile valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi e considerare gli indici normativi che avrebbero dovuto condurre il legislatore a riconoscere, quale unico criterio selettivo giustificato e ragionevole, il possesso della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, previsto dall'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, quale espressione di un principio generale, al fine di riconoscere ai titolari la piena equiparazione ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale

²²⁶ Come scrive, in un commento critico all'ordinanza n. 182 del 2020, S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, p. 1982 ss.

²²⁷ Perché, scrive la S.C., «[...] solo in sede di giudizio costituzionale è possibile, infatti, valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi». A. COSENTINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, cit., fa notare un'implicita valorizzazione del criterio del margine di apprezzamento, maggiore o minore, lasciato dal diritto dell'Unione al legislatore nazionale, rinviando a F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 29 aprile 2020, spec. p. 117 ss., nonché, con ulteriori precisazioni Id., *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, spec. p. 9 ss.

²²⁸ «Il giudice del rinvio interroga la Corte sull'interpretazione dell'articolo 34 della Carta al fine di stabilire se l'assegno di natalità e l'assegno di maternità rientrino nell'ambito di applicazione di quest'ultimo e se l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98 osti a una normativa nazionale che esclude i cittadini di paesi terzi, titolari di un permesso unico, ai sensi dell'articolo 2, lettera c), di tale direttiva, dal beneficio di detti assegni», § 43. La Corte, con la sentenza n. 54 del 2022, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che escludono da alcune provvidenze (bonus bebè e assegno di maternità) gli stranieri extracomunitari non titolari del permesso per soggiornanti Ue di lungo periodo perché «[...] istituiscono per i soli cittadini di Paesi terzi un sistema irragionevolmente più gravoso, che travalica la pur legittima finalità di accordare i benefici dello stato sociale a coloro che vantino un soggiorno regolare e non episodico sul territorio della nazione», e negano adeguata tutela proprio a chi si trovi in condizioni di più grave bisogno.

²²⁹ «Orbene, dalla giurisprudenza della Corte emerge che, quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione di una direttiva che concretizza un diritto fondamentale previsto dalla Carta, gli Stati membri devono agire nel rispetto di tale direttiva (v., in tal senso, sentenza dell'11 novembre 2014, Schmitzer, C-530/13, EU:C:2014:2359, punto 23 e giurisprudenza ivi citata). Ne consegue che occorre esaminare la

Nel 2021, la Cassazione (sezione lavoro, ordd. nn. 110 e 111 dell'8 aprile 2021) si è rivolta alla Corte costituzionale, dopo aver adito la Corte di giustizia²³⁰ e aver da essa ricevuto una decisione che attesta il contrasto della norma censurata, in tema di riconoscimento dell'assegno familiare, con il diritto dell'Unione (25 novembre 2020, cause C-302/19 e C-303/19).

Questa interpretazione eccentrica della *precisazione* ha offerto alla Corte costituzionale l'occasione per un importante chiarimento.

Le due ordinanze sostenevano la violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione alle direttive nn. 2003/109/CE, sullo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, e 2011/98/UE, sullo status dei cittadini di paesi terzi che siano titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro.

Né l'una né l'altra ordinanza evocava la violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte di cassazione, nelle ordinanze di rimessione, ha sostenuto di non poter procedere alla disapplicazione della disposizione poiché, con riferimento alla prestazione sociale in oggetto, il diritto europeo non detta una disciplina in sé compiuta, da applicare in luogo di quella dichiarata incompatibile²³¹.

questione sollevata alla luce della direttiva 2011/98. L'ambito di applicazione dell'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva in questione è determinato dal regolamento n. 883/2004», § 47. S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri*, cit.

²³⁰ Dalla la rassegna *La giurisprudenza delle Sezioni Civili Anno 2019, Gli orientamenti delle Sezioni Civili*, vol. I, cit., risulta che, nel 2019 la Sez. lavoro aveva sollevato una questione pregiudiziale diretta ad accertare, rispettivamente, se l'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE, del 25 novembre 2003, nonché il principio di parità di trattamento tra soggiornanti di lungo periodo e cittadini nazionali, ostino ad una legislazione nazionale in base alla quale, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare vanno esclusi i familiari del lavoratore di Stato terzo soggiornante di lungo periodo, qualora gli stessi risiedano presso il paese d'origine, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, e se l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE, del 13 dicembre 2011, nonché il principio di parità di trattamento tra titolari del permesso unico di soggiorno e di lavoro e cittadini nazionali, ostino ad una legislazione nazionale in base alla quale, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare vanno esclusi i familiari del lavoratore di Stato terzo titolare del permesso unico, qualora gli stessi risiedano presso il paese d'origine, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro.

²³¹ Per un commento molto critico cfr. S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 6 maggio 2021: «Spetta dunque agli Stati membri stabilire quali prestazioni sociali garantire ai propri cittadini: nei limiti in cui ricadano nell'ambito materiale del diritto/obbligo alla parità di trattamento previsto delle direttive, esse devono essere ugualmente previste per i soggiornanti di lungo periodo e i titolari di permesso unico. Ove l'obbligo rimanga inadempito, come nei casi di specie, non possono sussistere dubbi sul fatto che il diritto alla parità di trattamento così come configurato dalle direttive sia produttivo di effetti diretti verticali. La Corte avrebbe infatti dovuto senz'altro procedere alla disapplicazione della normativa interna contrastante con le disposizioni delle direttive munite di efficacia diretta verticale, assicurando così il rispetto del principio di parità di trattamento in conformità con le previsioni del diritto dell'Unione. La scelta dell'incidente di costituzionalità, lungi dal fornire una più adeguata garanzia al principio di parità di trattamento nell'accesso all'assistenza sociale assicurato dalle direttive ai cittadini di paesi terzi, finisce al contrario per indebolirne oggettivamente rilievo e portata precettiva, alterando il rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione», pp. 9-10. Difende le ordinanze L. CAVALLARO (che ha fatto parte del Collegio), Il "dialogo tra le Corti" e le prestazioni di sicurezza sociale, in <https://www.giustiziainsieme.it/>.

La Cassazione ha preso un abbaglio che la Corte costituzionale, con la decisione n. 67 del 2022²³², ha ricondotto all'inammissibilità, con invito alla non applicazione con una chiara riaffermazione del primato del diritto UE²³³.

5.2 Il rifiuto della *precisazione*.

In altri casi, il *nudging* della Corte non è stato seguito perché i) si è ritenuta prevalente, e sufficiente, la strada del rinvio pregiudiziale interpretativo, seguito dalla non applicazione; ii) perché si è proceduto direttamente alla non applicazione. Si tratta di casi in cui si nega il valore cogente della *precisazione*; oppure che vertono su diritto UE derivato con effetti diretti; o che hanno dato diretta ed immediata applicazione alla CDFUE.

La Cassazione, sezione lavoro, con sentenza n. 4223 del 21 febbraio 2018, nel riassumere un giudizio sospeso in seguito a rinvio pregiudiziale²³⁴ - promosso da un lavoratore intermittente, licenziato al compimento del 25° anno di età - ha escluso ulteriori spazi per questioni di costituzionalità, come invece aveva richiesto la difesa del lavoratore. Pur non essendoci menzione esplicita della *precisazione*, il giudice afferma che non vi sono ragioni per ritenere che la giurisprudenza costituzionale offra una tutela antidiscriminatoria ai giovani più intensa²³⁵.

²³² Si veda in merito alla decisione B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, cit.; A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, cit.; A. COZZI, *Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022*, in *ConsultaOnline*, 2/2022, pp. 410 ss.

²³³ «[...] Non è quindi la disciplina delle prestazioni sociali – nella specie dell'assegno per il nucleo familiare – l'oggetto delle direttive citate. Come ha chiarito la Corte di giustizia nelle sentenze rese a seguito del duplice rinvio pregiudiziale, l'organizzazione dei regimi di sicurezza sociale rientra tra le competenze degli Stati membri, che possono conformare e modificare il sistema delle provvidenze in coerenza con esigenze interne di sostenibilità complessiva. [...] L'intervento dell'Unione si sostanzia, dunque, nella previsione dell'obbligo di non differenziare il trattamento del cittadino di paese terzo rispetto a quello riservato ai cittadini degli stati in cui essi operano legalmente. Si tratta di un obbligo imposto dalle direttive richiamate in modo chiaro, preciso e incondizionato, come tale dotato di effetto diretto», § 12. Silvana Sciarra, relatrice della decisione, aveva peraltro espresso molto chiaramente questa posizione: «Un sentiero giurisprudenziale comune deve servire a prevenire qualunque disorientamento dei giudici che fronteggiano la scelta del rinvio pregiudiziale, ponendo tale scelta in alternativa anche temporale rispetto alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale. Quel sentiero deve perfino poter rassicurare il giudice che sceglie consapevolmente di orientarsi verso la non applicazione delle disposizioni ritenute contrastanti con il diritto europeo, quando si profilano le condizioni per farlo.», in Id., *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 3/2021 p. 37 ss., in part. p. 40.

²³⁴ Nel rinvio si era chiesto alla Corte di giustizia se la norma italiana (d.lgs. n. 276 del 2003, art. 34) che lo consente contrasti o non col principio comunitario di non discriminazione in ragione dell'età, art. 21.1 CDFUE nonché direttiva 2000/78/CE. La Corte di giustizia il 19 luglio 2017 (C-143/2016, *Abercrombie e Fitch c. A.B.*) ha stabilito che la discriminazione sia in questo caso giustificata dalla legittima finalità perseguita dal legislatore italiano che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di venticinque anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari.

²³⁵ «[...] Infine, al punto 6 C), si chiede alla Corte di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, alla luce dell'art. 3 Cost., nella parte dell'estinzione del rapporto che – secondo la difesa della parte intimata – non risponderebbe ad alcun criterio di ragionevolezza. L'art. 3 sarebbe violato in quanto i giovani riceverebbero un trattamento differenziato in ragione delle loro "condizioni personali" (nell'ambito delle quali rientrerebbe l'età). Ora a parte la genericità della prospettazione, priva di riferimenti di sorta alla giurisprudenza costituzionale, va osservato che la Corte di giustizia ha ritenuto che la deroga al principio di parità di trattamento (sia in entrata che in uscita) sia giustificato da finalità di natura sociale come previsto

La Sezione lavoro, con la decisione n. 12108 del 17 maggio 2018, ha disapplicato la normativa nazionale in materia di età pensionabile dei ballerini, perché la Corte di giustizia, in base ad un rinvio pregiudiziale proposto nello stesso procedimento, ha stabilito che è discriminatorio licenziare le ballerine per raggiungimento dell'età pensionabile se questa è differente rispetto a quella prevista per gli uomini (in nome del divieto di discriminazione fondata sul sesso di cui all'art. 14 della direttiva 2006/54/CE, self- executing). Così si esprime la Cassazione: «12. Questa Corte ritiene non opportuno (salve le determinazioni del giudice di appello che dovrà dare effettività al *decisum* della Corte di giustizia disapplicando la normativa interna che realizza una disparità di trattamento tra ballerini e ballerine) seguire l'impostazione di cui alla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzione (e quindi sollevare incidente di costituzionalità sul punto) in quanto in primo luogo la Corte ha già seguito la strada del rinvio pregiudiziale per valutare la compatibilità della normativa interna con il diritto dell'Unione cui la Corte di giustizia ha dato una univoca risposta positiva cui si tratta di dare effettività nel rispetto del principio costituzionale (e sovranazionale) del giusto processo, cui è demandato il giudice di merito. 13. In secondo luogo ritiene che il principio affermato nel punto 5.2 della citata sentenza (discussa in dottrina per i suoi effetti in ordine all'immediato e tempestivo esercizio dei poteri che al Giudice ordinario attribuisce l'ordinamento dell'Unione onde garantire una pronta effettività ai diritti che sono garantiti a livello sovranazionale) costituisca un mero obiter dictum, in quanto la sentenza è (sul punto) di inammissibilità e sotto altro profilo di rigetto e quindi non ha natura obbligatoria per il Giudice ordinario offrendo solo una proposta metodologica. 14. In terzo luogo si rileva che, sebbene citata dalle parti e in sede di rinvio pregiudiziale, nello specifico la Carta dei diritti ed

espressamente dalla Direttiva 2000/78/CE escludendo i dedotti profili discriminatori. Appare evidente che se il rapporto lavorativo potesse proseguire oltre il venticinquesimo anno di età e potesse essere sciolto solo secondo i criteri generali verrebbe ad essere compromessa la ratio delle disposizione globalmente considerata e cioè di favorire l'impiego attraverso l'istituto del lavoro intermittente dei soli soggetti al di sotto del venticinquesimo anno di età: tale ratio è stata - come più volte ricordato - già esaminata dalla Corte del Lussemburgo che l'ha ritenuta legittima alla luce della Direttiva e della stessa Carta dei diritti (art. 21). Non vi sono ragioni per ritenere che la giurisprudenza costituzionale offra una tutela (antidiscriminatoria) ai giovani più intensa di quella che proviene dalla fonti sovranazionali che, come si è accennato, negli ultimi anni hanno rafforzato le politiche e gli strumenti di contrasto antidiscriminatorio rendendoli un momento prioritario di regolazione da parte dell'Unione ed anche di supervisione attraverso un'Agenzia sui diritti fondamentali (introdotta dal Trattato di Lisbona) e periodici Report da parte della Commissione e del Parlamento Europeo sul rispetto della Carta dei diritti che, in genere, privilegiano proprio il monitoraggio antidiscriminatorio (alla luce degli artt. 20 e 21 della Carta). La Dottrina in questi anni ha sottolineato come, proprio nel settore del contrasto della discriminazione, vi sia stata una fusione di orizzonti tra il livello interno, sovranazionale ed anche quello convenzionale (attestato dalle moltissime decisioni della Corte costituzionale che hanno applicato negli ultimi anni l'art. 14 della Cedu), reso più spontaneo ed efficace dal carattere particolarmente intenso delle tutele previste dall'Unione (attraverso le Direttive a largo raggio del 2000 e l'approvazione ed implementazione giudiziaria della Carta dei diritti - che, inoltre, ex art. 52, comma 3, della stessa Carta - deve tenere in considerazione le decisioni della Corte di Strasburgo pertinenti per la materia trattata). Pertanto, non vi è alcuna evidenza e nemmeno plausibilità a favore della tesi per cui il nostro ordinamento possa offrire una diversa soluzione alla questione del carattere discriminatorio (anche sotto il profilo dell'irrazionalità) della disposizione qui in discussione, non solo perché nel settore le politiche dell'Unione sono particolarmente avanzate, ma anche in quanto gli obiettivi sociali menzionati dalla Corte di giustizia sono comuni al nostro ordinamento costituzionale. Del resto la tecnica del legislatore italiano di facilitare l'impiego dei giovani attraverso strumenti di varia natura in deroga ai criteri generali è stato ripetutamente utilizzata e non ha portato, sul piano interno, ad una messa in mora "di principio" da parte della Corte delle leggi: non sembra in conclusione casuale che, da quel che emerge dagli atti, la difesa della parte intimata abbia in sostanza da sempre insistito, nelle sue argomentazioni, sui profili di illegittimità "sovranazionale" piuttosto che su quelli di incostituzionalità della disposizione prima ricordata. Pertanto, la questione sollevata appare manifestamente infondata». Sulla decisione si veda V. PICCONE, Il lavoro intermittente di nuovo dinanzi al giudice di legittimità: riflessioni a caldo sul caso Abercrombie dopo la nuova pronuncia della Cassazione, marzo 2018, in <https://www.rivistalabor.it>.

il suo art. 21 non hanno avuto alcun rilievo decisivo concreto, avendo la Corte di giustizia valutato il contrasto tra la normativa italiana pertinente ed il diritto dell'Unione, sulla base esclusiva dell'interpretazione dell'art.14 direttiva 2006/54, peraltro in relazione alla precedente decisione Kleist, C-356/09 del 18 novembre 2010, che a sua volta non utilizza e richiama minimamente la disposizione della Carta dei diritti. Pertanto, il *decisum* della Corte di giustizia è rimasto ancorato saldamente all'esame della sola disposizione della direttiva (art. 14) il cui esame conduce alla valutazione di contrarietà della norma interna per discriminazione diretta per ragioni di sesso. Di fatto la Carta è rimasta completamente estranea all'argomentazione della Corte del Lussemburgo ed ancor prima non è stata utilizzata come fonte primaria del diritto UE: pertanto si ricade nell'ambito del caso esaminato nella sentenza n. 111/2017 della Corte costituzionale (in un caso non molto dissimile di allegata discriminazione per ragioni di sesso), nel quale si è stabilito (il che poi è stato confermato nella stessa n. 269/2017) che il Giudice ordinario, prima di sollevare incidente di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 cost. per violazione del diritto dell'Unione, deve valutare la possibilità di disapplicare (secondo i criteri ordinari) la norma interna rientrando questo compito tra i suoi essenziali poteri. Si auspica peraltro che la Corte delle leggi voglia apportare comunque chiarimenti in futuro su un punto rimasto comunque oscuro (anche se non rileva nel caso in esame per quanto sopra ricordato) e cioè su cosa debba fare il giudice ordinario allorché la tutela invocata operi attraverso il combinato disposto tra le direttive e le disposizioni della Carta dei diritti, posto che le prime dovrebbero essere interpretate anche alla luce della seconda che ne costituisce in realtà un parametro di legittimità sostanziale.»²³⁶

Si è proceduto ad un rinvio pregiudiziale, per esempio, da parte della Sezione Lavoro, (ord. n. 13678 del 30 maggio 2018). Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prospettava i) la cessazione automatica dal rapporto di lavoro per i piloti dipendenti di una società operativa per i servizi segreti, fissata dalla normativa italiana al raggiungimento dei 60 anni, fosse in contrasto con la direttiva 2000/78 e con l'art. 21 CDFUE; ii) la natura non vincolante della *precisazione* del 2017 e la sottolineatura che «il dialogo diretto con la Corte di giustizia sia lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali»²³⁷.

Il tema della doppia pregiudizialità ritorna anche nelle sentenze della Corte di cassazione, sez. civ., nn. 31632 (Di Puma) e 31633 (Zecca) del 26 settembre 2018, incentrate sulla materia del *ne bis in idem*. Ordinanze che, preso atto della risposta ricevuta dalla Corte di giustizia (sentenza 30 marzo 2018 nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16), hanno dato diretta ed immediata applicazione al disposto dell'art. 50 CDFUE, senza che, nella presente fattispecie,

²³⁶ A. COSENTINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, cit., p. 216, fa notare che, dopo Corte cost. n. 20/2019, l'argomento che la disposizione interna risultava in contrasto con una disposizione di diritto derivato e non, direttamente, con una disposizione della CDFUE non potrebbe più essere speso e che tale argomento ha consentito alla Sezione Lavoro di eludere, in qualche misura, il nucleo del *dictum* della n. 269/2017, coprendo la CDFUE sotto lo schermo della suddetta direttiva 2006/54/CE.

²³⁷ A. COSENTINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, cit., ha scritto che l'ord. ha prefigurato un criterio di scelta tra il rinvio pregiudiziale e la questione di legittimità costituzionale – quello della prevalenza del profilo nazionale o del profilo euro-unitario – che è poi stato variamente sviluppato nel successivo dibattito dottrinario.

tale applicazione risultasse, secondo i giudici, in conflitto con il disposto di norme di diritto interno²³⁸.

La Cassazione, Sezione lavoro, con l'ordinanza del 10 gennaio 2019, n. 451²³⁹ ha articolato un rinvio pregiudiziale incentrato sulla spettanza o meno dell'indennità per ferie non godute

²³⁸ «16. L'intera problematica va ora riconsiderata alla luce della citata sentenza della Corte costituzionale n. 269/17, che, come è noto, si è specificamente soffermata sull'ipotesi di contrasto tra la norma interna e quelle disposizioni del diritto dell'Unione europea, suscettibili di applicazione diretta, che siano contenute nella CDFUE. In tale sentenza, dopo la premessa che la CDFUE "costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale... sicchè può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione" si afferma che "le violazioni dei diritti della persona 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.)" e, conseguentemente, si conclude che "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE". 17. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza C. cost. n. 269/17 ha recepito in maniera non omogenea le indicazioni che, con tale sentenza, la Corte costituzionale ha inteso dare ai giudici comuni. Con l'ordinanza n. 3831 del 16.2.2018 questa Sezione – di fronte un duplice caso di doppia pregiudizialità, concernente due distinte ed autonome disposizioni del t.u.f., entrambe sospettate di ledere diverse disposizioni della CDFUE e della Costituzione italiana (oltre che della CEDU e, una di loro, del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966) – ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, segnalando, tuttavia, le criticità che essa ravvisava nel percorso argomentativo della sentenza n. 269/17. Con la sentenza n. 12108 del 17.5.2018, per contro, la Sezione Lavoro di questa stessa Corte ha ritenuto immediatamente disapplicabile, senza necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità, una normativa interna il cui contrasto con il divieto di discriminazione tra uomo e donna aveva già formato oggetto di accertamento da parte della Corte di giustizia. Con la successiva ordinanza n. 13678 del 30.5.2018, infine, la medesima Sezione Lavoro, dubitando della compatibilità di una norma interna con il divieto di discriminazione per età contenuto nella direttiva 2000/78 CE e nell'art. 21 CDFUE, ha proposto il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea evocando direttamente (in una con la direttiva 2000/78 CE) l'art. 21 CDFUE. 18. Il Collegio preliminarmente rileva che la citata sentenza CGUE C-537/16, *Garlsson Real Estate*, anch'essa relativa alla compatibilità del cumulo di sanzioni penali ed amministrative in materia di abusi di mercato, afferma espressamente (p. 68) che "il principio del *ne bis in idem* garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale". Ciò premesso, si ritiene riconsiderando, sul punto, le argomentazioni sviluppate nell'ordinanza n. 23233/16, anche alla luce delle tre pronunce della Corte di giustizia del 20 marzo 2018 sopra menzionate alla fine del p. 8.2 – che le specifiche caratteristiche della vicenda che costituisce oggetto del presente giudizio consentono di dare diretta attuazione al disposto dell'art. 50 CDFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia in esito al rinvio pregiudiziale, senza che ciò determini alcuna frizione con il principio del controllo accentrato di costituzionalità di cui all'art. 134 Cost., sul quale si fondano le indicazioni contenute nella sentenza C. cost. n. 269/17. 19. Nella vicenda oggetto del presente giudizio, la circostanza che il dott. Z. sia stato assolto con formula piena dall'imputazione a lui mossa, ai sensi dell'art. 184 t.u.f., per i medesimi fatti per i quali gli è stata irrogata la sanzione amministrativa qui impugnata, fa sì che il rispetto del precetto dell'art. 50 CDFUE non entri in conflitto con alcuna disposizione interna e ciò, per un verso, impedisce l'insorgenza stessa di una questione di disapplicazione di norme interne in ragione del primato del diritto dell'Unione europea e, per altro verso, esclude la rilevanza, nel presente giudizio, dei dubbi di costituzionalità astrattamente prospettabili – in relazione all'art. 117 Cost., con riferimento alle norme interposte di cui agli artt. 4 del VII Protocollo allegato alla CEDU e 50 della CDFUE – in ordine alle disposizioni del t.u.f. che disegnano il c.d. "doppio binario" sanzionatorio, penale ed amministrativo, per gli abusi di mercato (dubbi, peraltro, già sollevati, con specifico riguardo all'art. 187 bis t.u.f., dalla quinta sezione penale di questa stessa Corte, con l'ordinanza 15 gennaio 2015, n. 1782, alla quale ha poi fatto seguito la sentenza della Corte costituzionale 12 maggio 2016 n. 102)».

²³⁹ E, negli stessi termini si è espressa anche l'ord. di rinvio della Sezione Lavoro, decisa il 27 novembre 2018 e depositata alla Corte del Lussemburgo il 21 gennaio 2019.

nel periodo dal licenziamento illegittimo alla reintegrazione²⁴⁰. Nell'ordinanza si stabilisce che «47. Questa Corte ritiene di non dovere seguire la strada indicata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 269 del 2017, del preventivo incidente di costituzionalità posto che il diritto alle ferie è anche garantito dalla Costituzione all'art. 36 terzo comma; a tal fine rileva questo Collegio che le indicazioni sono espresse in un "obiter" non vincolante per il giudice comune, essendo contenute in una decisione di inammissibilità, per un profilo, e di rigetto, per il resto, e -in ogni caso- che la Corte delle leggi italiane, anche nelle ipotesi in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione Italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in ambito di rilevanza sovranazionale, allorché si tratti di questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ha fatto salvo il potere del Giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE (v. punto 5.2). 48. Il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risulta essere, nel presente caso, lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali (cfr. Cass. n. 13678/2018; Cass. n. 12108/2018 e Cass. n. 6101/2017)».

In sintesi, se la Corte costituzionale ha sentito la necessità di modificare la rigidità della dottrina *Granital*, proponendo la nuova versione della cd. doppia pregiudizialità, alla ricerca di tutela per il sindacato incidentale di legittimità costituzionale, ciò è dipeso dal modo in cui sono evoluti, da un lato, il diritto UE (soprattutto nel campo dei diritti fondamentali) e la giurisprudenza della Corte di giustizia (soprattutto con riguardo al primato del diritto UE) e, dall'altro, dall'atteggiamento degli stessi giudici nazionali, nella cui cultura ha fatto ormai breccia l'idea che la Costituzione non sia una e una soltanto, ma consti di una pluralità di strumenti tra loro assimilabili (incluse la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e, in certa misura, miscelabili a discrezione per raggiungere esiti di giustizia sostanziale.

Come si è detto, inizialmente è ancora presto per avere un'idea del seguito che la *precisazione* avrà nella giurisprudenza di legittimità. Ad oggi l'atteggiamento è ancora confuso e variegato. Come dimostrano, in particolare, le ordinanze cui la Corte costituzionale ha risposto con la pronuncia n. 67 del 2022, c'è necessità di aiutare il giudice della nomofilachia a non confondere l'applicazione della nuova dottrina con la violazione del primato del diritto UE quando sul tavolo del giudice ci sia diritto derivato UE direttamente efficace (in nome del contenuto chiaro, preciso e incondizionato), in tema di diritti o di principio di eguaglianza (previsti nella Carta). Sul punto è davvero auspicabile che la Corte costituzionale chiarisca meglio.

Le questioni individuate nella *precisazione* e nella giurisprudenza costituzionale seguente non costituiscono casi così numerosi. Di conseguenza, e correttamente, sono prevalenti le decisioni di rinvio pregiudiziale o direttamente di non applicazione, in linea con la cd. regola *Granital*.

È altrettanto chiaro che, quando la Corte di cassazione ha applicato la *precisazione*, correttamente, ha, non solo, fornito alla Corte costituzionale materiale prezioso per non farsi

²⁴⁰ Se l'art. 7 par. 2 della direttiva 2003/88 e l'art. 31, punto 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche separatamente considerati, debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni o prassi nazionali in base alle quali, cessato il rapporto di lavoro, il diritto al pagamento di una indennità pecuniaria per le ferie maturate e non godute [...] non sia dovuto in un contesto in cui il lavoratore non abbia potuto farlo valere, prima della cessazione, per fatto illegittimo [...] addebitabile al datore di lavoro, limitatamente al periodo intercorrente tra la condotta datoriale e la successiva reintegrazione.

sfuggire l'occasione di interloquire con la Corte di giustizia, ma, soprattutto, ha conseguito l'eliminazione *erga omnes* della disposizione impugnata dall'ordinamento. In quest'ottica la proposta Romboli del 2014²⁴¹ potrebbe essere utile ad eliminare usi strumentali della nuova dottrina come sembra aver fatto la Cassazione nel 2019 sollevando una questione alla Corte costituzionale sull'assegno di natalità (vedi *supra*).

Anche attraverso questa strada la Corte costituzionale ha assicurato quella tutela sistemica²⁴² e non frazionata di cui scriveva in riferimento alla Cedu nel noto caso delle cd. pensioni svizzere deciso nel 2012²⁴³. Il messaggio che la Corte costituzionale è interessata a passare è questo: considerare concettualmente sovrapponibili il catalogo dei diritti, contenuto in Costituzione, nella CDFUE o nella CEDU è sbagliato non solo e non tanto per il diverso contenuto o grado di tutela assicurata, quanto piuttosto perché il primo è parte di una composita architettura costituzionale che il giudizio in via incidentale è chiamato a garantire attraverso una tutela sistemica e integrata dei diritti. Nei casi oggi ricordati la parola 'sistemico' sembra acquistare un significato meno difensivo che nel 2012 e maggiormente collaborativo. Tutto ciò non sarebbe stato possibile senza la saggezza del giudice di legittimità.

6. In conclusione.

Scriva Maria Rosaria Ferrarese che, nell'attuale sistema giuridico globale, le istituzioni abilitate a dire l'"ultima parola" non sono certo scomparse: piuttosto, esse si sono moltiplicate, in via di diritto e in via di fatto. Gli stati cosiddetti costituzionali continuano ad individuare nelle proprie Corti costituzionali questi soggetti; ma queste corti pur restando in cima alle gerarchie dei rispettivi sistemi giuridici, possono funzionare sempre meno come organi di "chiusura" semantica costituzionale²⁴⁴.

L'affermazione di Maria Rosaria Ferrarese evidenzia almeno due problematiche: una più in generale e una più particolare, che animano le riflessioni condotte nei paragrafi precedenti. Negli ordinamenti giuridici contemporanei ci si è abituati a pensare che l'*ultima parola* appartenga alle Corti (nazionali o sovranazionali che siano); sembra scivolata in secondo piano la possibilità che essa appartenga, invece, ai Parlamenti nazionali (al netto delle porzioni

²⁴¹ Prima della *precisazione* del 2017, già nel 2014, Roberto Romboli ha proposto la trasformazione del nostro modello misto in uno *duale*, con previsione di un modello diffuso accanto a quello accentrato. Il giudice avrebbe l'alternativa fra disapplicazione e proponimento della questione di costituzionalità, quello di ultima istanza anche in caso di disapplicazione sarebbe tenuto a rimettere altresì la questione alla Corte costituzionale, sulla base della sola non manifesta infondatezza (per definizione la disapplicazione esclude la rilevanza). Questo consentirebbe alla Corte di procedere alla dichiarazione di incostituzionalità e di eliminare l'atto normativo dall'ordinamento o di fornire indicazioni ai fini dell'interpretazione ed applicazione della norma impugnata. Nel caso in cui sussistessero dubbi relativamente alla corretta interpretazione del diritto UE il giudice potrebbe sempre chiedere l'intervento della Corte di Lussemburgo, all'esito del quale procedere di conseguenza, secondo i casi, a disapplicare o a sollevare questione di costituzionalità, Id., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014, pp. 1 ss.

²⁴² A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità*, cit, ne parla in riferimento alla vicenda Consob.

²⁴³ «[...] il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. [...] nelle valutazioni di questa Corte [...] la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» sent. n. 264 del 2012.

²⁴⁴ M.R. FERRARESE, *Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»* in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 83.

di sovranità trasferite, per es., alla Ue), i quali del resto sempre più frequentemente non sembrano essere nelle condizioni di pronunciarla. Basti pensare ai temi cd. eticamente sensibili: per quanto concerne il nostro ordinamento pare abbastanza chiaro che sul cd. fine vita e sulla procreazione assistita i ruoli di Corte e Parlamento rispecchino questa tendenza.

Più nel particolare e per quanto concerne il nostro ordinamento, l'*estranimento* iniziale della Corte rispetto al diritto comunitario²⁴⁵, insieme all'invito ai giudici di tentare l'interpretazione conforme a Costituzione²⁴⁶, ha rafforzato fenomeni giuridici che, pur essendo eterogenei, hanno avuto come effetto comune quello di *emarginare* la Corte costituzionale dal *judicial review* delle leggi riconosciute dalla stessa Costituzione; rendere *permeabile* la tutela dei diritti alle fonti *esterne*; rafforzare il ruolo dei giudici comuni, divenuti strumenti indefettibili dell'azione comunitaria (i giudici italiani sono secondi solo ai colleghi tedeschi per numero di rinvii pregiudiziali). Questo trend giurisprudenziale, oltre a evidenziare la possibilità di *contrastare tra i valori* in cui si riconoscono i due ordinamenti, spiega la difficile sorte del modello di sindacato nazionale: «il ruolo riservato alla Corte costituzionale assomiglia sempre più a quello del terzo incomodo, mentre le prerogative e il ruolo del giudice ordinario continuano ad aumentare»²⁴⁷. La Corte, come si è già detto all'inizio di questa riflessione, si rende presto conto che aver ceduto la precedenza alla Corte di giustizia non le ha garantito il *diritto all'ultima parola*: i giudici comuni, una volta riferitisi alla Corte di giustizia, sembrano *non aver necessità* di adire la Corte costituzionale²⁴⁸.

Approssimativamente a partire dal 2011 – e con maggiore chiarezza dal 2014 –, il Collegio ha reagito a questa *emarginazione* dando vita ad una stagione giurisprudenziale, contrassegnata da una serie di scelte inedite che hanno riguardato tanto il merito quanto il rito, che è stata definita del cd. ri-accentramento e a cui appartengono anche le pronunce di cui ho già parlato.

²⁴⁵ Vedi S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 5 ss.

²⁴⁶ Il riferimento è ovviamente alla affermazione contenuta nella sentenza n. 356/1996: «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», da ultimo, R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro, italiano*, 2018, I, cc. 2227 ss., in part. col. 2226. Più recentemente, a partire dalla pronuncia n. 221 del 2015, tale requisito ha subito una precisazione importante che ne ha ridotto notevolmente il peso.

²⁴⁷ Così, già anni fa, M.E. GENNUSA, S. NINATTI, *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2011, pp. 469 – nel commentare il comunicato congiunto degli allora Presidenti delle due Corti europee, Costa e Skouris, del 17 gennaio 2011 in tema di applicazione della CDFUE, a poco più di anno dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – avevano evidenziato, in riferimento al primo tema, la possibile interferenza della Corte costituzionale all'interno del procedimento di rinvio alla Corte Ue e del procedimento di disapplicazione. In seguito, arriva a teorizzare una *doctrine of displacement* messa in atto dalla CGUE ai danni delle corti costituzionali allontanate dal loro ruolo tradizionale, a vantaggio del rapporto tra la Corte del Lussemburgo e i giudici comuni cfr. J. Komárek, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, pp. 525 ss., in part. p. 538. Allo scopo di combattere questo trend, l'A. avverte sui possibili pericoli dell'uso dello strumento del rinvio pregiudiziale. Meno critica la posizione espresso da M. DANI, *National constitutional courts in the European constitutional democracy: A reply to Jan Komárek*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 15, Issue 3, 2017, pp. 785 ss.

²⁴⁸ Cfr. V. ONIDA, *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»: cit*, in part. p. 45.

Anche Scaccia parla di un essiccamento del giudizio in via incidentale a causa dell'assorbimento delle questioni costituzionali in questioni di contrasto con la CDFUE e dell'esigenza di scoraggiare la diretta disapplicazione del diritto nazionale per contrasto con la Carta, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2018, pp. 1 ss., in part. p. 3.

In particolare, utilizzo il termine ri-accentramento in un duplice significato²⁴⁹. Innanzitutto, per intendere che la Corte costituzionale ha assunto o ri-assunto compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, aveva “lasciato” o al legislatore o all’autorità giudiziaria²⁵⁰. In questa accezione il cd. ri-accentramento indica un’espansione della giurisdizione attraverso sia una sorta di produzione giurisprudenziale della norma, sia il ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico²⁵¹, sia una contrazione della valorizzazione dei momenti di diffusione, nel senso di attribuzioni riconosciute all’autorità giudiziaria. Mentre il significato tecnico allude, ovviamente, ad un rafforzamento dei profili di accentramento nel sistema di giustizia costituzionale.

La stagione giurisprudenziale del cd. ri-accentramento mette certamente il giudice comune di fronte a prospettive diverse dal passato, almeno in parte: 1. è in qualche modo la stagione in cui la Corte costituzionale invita i giudici “a non fare da soli”, ma a lavorare in sinergia (anche se questo può voler significare, come nel caso dell’inversione della doppia pregiudiziale, una possibile riduzione del ruolo proattivo che il giudice comune svolge nella valutazione della non applicazione del diritto interno contrastante con quello Ue); 2. l’attuale stagione giurisprudenziale potrebbe ben subire un ridimensionamento della sua carica ri-accentratrice per adattarsi ad un nuovo cambiamento del contesto; 3. per quanto bene si confezionino le ordinanze di rimessione vanno sempre tenute presente l’attenzione della Corte per il contesto, la sua necessità di legittimazione, l’alternarsi di stagioni giurisprudenziali caratterizzate ora dalla prudenza (il cd. minimalismo giudiziario²⁵²) ora dall’attivismo; 4. la valutazione delle tecniche decisorie della Corte va condotta anche tenendo in considerazione il segmento di storia politico-istituzionale nel quale il relativo impiego si realizza.

Certamente il giudice rimane libero di agire senza tenere conto della stagione in cui si versa, libero cioè di porre alla Corte una domanda che sa in anticipo che verrà rigettata, ma che può rappresentare un prezioso precedente a futura memoria, come dimostra ancora una volta il superamento della dottrina *Granital*.

In conclusione, rimane aperta la domanda se l’assetto raggiunto dal nostro ordinamento sia in grado di dare conto delle costanti interazioni tra giurisdizioni ai fini della protezione dei diritti fondamentali e quale debba essere l’equilibrio fra ragioni ordinamentali e ragioni dei diritti²⁵³. Le posizioni degli studiosi, e dei giudici costituzionali che si sono occupati del tema anche come studiosi, non sono univoche. Appare però condivisa la necessità di un confronto più diretto e operativo tra il giudice costituzionale e quello europeo.

²⁴⁹ Sia permesso rinviare a D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 23 ss.

²⁵⁰ Uso una definizione data da R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Pisa, 25 ottobre 2019, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 13 ss.

Ricordo che nella Relazione sulla giurisprudenza del 2018, Giorgio Lattanzi ha sottolineato che «anche per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d’ombra dell’ordinamento, ove è più difficile che possano essere sollevate questioni incidentali», Id., *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, cit., p. 8.

²⁵¹ Tra coloro che rimproverano alla Corte una serie di sconfinamenti, cfr., da ultimo, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, pp. 251 ss.

²⁵² M. MASSA, *Corte costituzionale e minimalismo*, in *Questione giustizia* 4/2020, pp. 53 ss.

²⁵³ C. PINELLI, *L’approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i Trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 1/2018, pp. 1 ss., in part. p. 5.

Mi si permetta di ribadire una volta di più che non si tratta di una questione di potere, ma di assunzione di responsabilità, come ricordato da Gaetano Silvestri in riferimento alle cd. sentenze gemelle. Francesco Viganò, a sua volta, ha esplicitamente riconosciuto che il dovere del giudice comune di scrutinare la compatibilità di una legge interna con i diritti riconosciuti dalla Carta ha condotto a «un controllo *diffuso* di compatibilità delle leggi con i diritti fondamentali, quanto meno all'interno degli ormai latissimi confini interessati dal diritto dell'Unione; con conseguente amputazione, o quanto meno drastico ridimensionamento, del compito più importante della Corte costituzionale, che è per l'appunto quello di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona da parte della legislazione ordinaria nell'ambito dell'ordinamento italiano»²⁵⁴, in una prospettiva, come si è cercato di spiegare sistemica.

²⁵⁴ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, pp. 481 ss., in part. p. 486.

Priorità del giudizio costituzionale e disapplicazione. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022*

Sommario: 1. La sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022. A) La questione sollevata in via prioritaria e l'eccezione d'inammissibilità della difesa erariale. – 2. Segue. B) La diretta applicabilità della Carta “non può essere di ostacolo” all’instaurazione del giudizio costituzionale. – 3. Segue. C) Le questioni di costituzionalità prospettate in via prioritaria devono essere scrutinate nel merito, “una volta sollevate”. – 4. Priorità del giudizio costituzionale come opzione preferenziale. – 4. L’adesione spontanea alla priorità del giudizio costituzionale. – 5. L’opzione opposta: la “prima parola” alla Corte di giustizia. – 6. L’opzione opposta: la “prima parola” alla Corte di giustizia. – 7. Disapplicazione e controlimiti. “Quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile”.

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022. A) La questione sollevata in via prioritaria e l'eccezione d'inammissibilità della difesa erariale.

La svolta impressa alla giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudizialità dalla sentenza n. 269 del 2017 (*Ceramica Sant'Agostino*) si giustifica anche – secondo una condivisibile chiave di lettura – in considerazione delle preoccupazioni, avanzate da una parte della dottrina²⁵⁵, per la progressiva dilatazione, nella recente giurisprudenza sovranazionale, dell'area degli effetti diretti del diritto dell'Unione, cui fa riscontro sul piano interno una crescente propensione dei giudici comuni ad assecondare dinamiche espansive sul terreno della diretta azionabilità dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Si tratta di dinamiche pretorie subito preconizzate, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nonostante la “logica di prudente contenimento degli effetti” sottesa alle disposizioni generali della Carta ed emergente dalle relative spiegazioni²⁵⁶.

La sentenza n. 149 del 2022 affronta in modo esplicito, anche se non definitivo, alcuni problemi relativi ai rapporti tra non applicazione e giudizio incidentale di costituzionalità che la giurisprudenza successiva alla decisione “madre” n. 269 del 2017 lasciava in buona misura irrisolti²⁵⁷.

La pronuncia in epigrafe dichiara, per contrasto con il principio del *ne bis in idem*, l'illegittimità costituzionale del doppio binario sanzionatorio concernente l'*idem factum* costituito dalla “riproduzione abusiva e vendita di opere letterarie abusivamente riprodotte”, sanzionata dalla legge sulla protezione del diritto d'autore sia come fattispecie delittuosa, sia

* La presente relazione è aggiornata alla data 18 Giugno 2022

²⁵⁵ Si veda anzitutto A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *RivistaAic.it*, n. 4/2017.

²⁵⁶ G. F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, p. 293 ss.

²⁵⁷ L'evoluzione giurisprudenziale richiamata è oggetto di analisi in G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022.

come illecito amministrativo²⁵⁸, in assenza di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta ai sensi della giurisprudenza della Corte Edu²⁵⁹.

Il giudice *a quo* prospettava la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 649 del codice di procedura penale, sul divieto di un secondo giudizio, in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'articolo 4 del Protocollo 7 alla CEDU, mentre la difesa erariale sollevava un'eccezione di inammissibilità fondata sull'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Come si premette nella motivazione della pronuncia, infatti, ad avviso dell'Avvocatura generale il "giudice rimettente avrebbe potuto fare applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia di abusi di mercato, disapplicando totalmente o parzialmente le norme che definiscono il trattamento sanzionatorio per il delitto che viene in considerazione nel giudizio *a quo*, ove ciò sia necessario per ricondurre a proporzionalità il complessivo trattamento sanzionatorio irrogabile all'imputato. E ciò in forza di una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

Di qui la necessità per la Corte di chiarire i rapporti tra effetto diretto dell'articolo 50 della Carta europea (Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato) e incidente di costituzionalità, ai fini dello scrutinio di ammissibilità della questione sollevata.

2. (Segue): B) La diretta applicabilità della Carta "non può essere di ostacolo" all'instaurazione del giudizio costituzionale.

Prima facie, nel rigettare l'eccezione di inammissibilità, la Corte sembra nella sostanza estendere ai rapporti tra non applicazione e incidente di costituzionalità lo stesso criterio di priorità preferenziale, ma non obbligatoria, del giudizio costituzionale già sperimentato con riferimento alla relazione diacronica tra quest'ultimo e il rinvio pregiudiziale, delineato nelle pronunce puntualmente richiamate nella sentenza n. 149 del 2022 e addotte a giustificazione dell'ammissibilità della questione²⁶⁰.

Si legge infatti – dopo un'attenta verifica dell'afferenza della fattispecie all'ambito di attuazione del diritto UE ai sensi dell'articolo 51 della Carta – che la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE, ampiamente attestata dalla giurisprudenza sia unionale²⁶¹ che interna²⁶²,

²⁵⁸ Più precisamente, Corte cost., sent. n. 149 del 2022, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale "dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge".

²⁵⁹ Cfr. Corte EDU, grande camera, sent. 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, par. 132, secondo la quale la legittimità di un secondo giudizio sullo stesso fatto dipende anche dalla sussistenza o meno di una «close connection in substance and time».

²⁶⁰ Punto 2.2.2. del Considerato in diritto.

²⁶¹ La sentenza n. 149 rinvia a Corte di giustizia, grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri*, causa C-537/16, paragrafo 66.

²⁶² Mette conto riportare un intero passaggio della sentenza: "la giurisprudenza di legittimità ha più volte riconosciuto, come giustamente rileva l'Avvocatura generale dello Stato, l'effetto diretto dell'art. 50 CDFUE in procedimenti di opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Commissione nazionale per la società e la borsa (CONSOB) per fatti già giudicati in via definitiva dalla giurisdizione penale (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 17 dicembre 2019, n. 33426; sezione seconda civile, sentenza 6 dicembre 2018, n. 31632; sezione quinta civile, sentenza 30 ottobre 2018, n. 27564), nonché in procedimenti penali relativi a fatti già oggetto di sanzioni irrogate in via definitiva dalla stessa CONSOB (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenze 15 aprile 2019, n. 39999; 9 novembre 2018-5 febbraio 2019, n. 5679; 21 settembre 2018, n. 49869)".

“non può essere di ostacolo all’intervento di questa Corte, puntualmente sollecitato dal giudice a quo”²⁶³.

Tale precisazione non è associata ad alcuna esplicita indicazione in favore della discrezionalità del giudice comune in ordine alla scelta tra disapplicazione e incidente di costituzionalità.

D’altro canto, l’espressa affermazione, in sede di rigetto dell’eccezione sollevata dall’Avvocatura generale, dell’ammissibilità della questione, neppure implica, di per sé, l’obbligatoria priorità del giudizio costituzionale, che non è assunta a premessa del rigetto dell’eccezione d’inammissibilità.

La pronuncia sembra anzi discostarsi dalla linea di priorità necessaria del giudizio costituzionale inizialmente accreditata da *Ceramica Sant’Agostino*, secondo la prevalente interpretazione²⁶⁴.

Nei passaggi sopra richiamati, la sentenza n. 149 potrebbe apparire orientata ad estendere all’ipotesi della disapplicazione in presenza di disposizioni della Carta provviste di effetto diretto la versione attenuata della priorità costituzionale risultante dalla giurisprudenza del periodo recente con riguardo alla precedenza da accordare in via preferenziale, ma non obbligatoria, al giudizio di costituzionalità sul rinvio pregiudiziale, alla quale, come si è detto, la pronuncia in esame rinvia.

Si è ricordato come, nel caso di specie, il rimettente avesse prospettato il dubbio di costituzionalità in riferimento al parametro interposto di fonte convenzionale, senza evocare disposizioni della CDFUE. Ma ciò non sposta i termini della questione relativa alla doppia pregiudizialità, come posta dalla difesa erariale, secondo la quale sarebbe stato necessario riconoscere la precedenza alla disapplicazione per contrasto con disposizioni della Carta

²⁶³ Punto 2.2.2. del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto. Del pari esplicito il passaggio successivo, che è necessario riportare per esteso: “Secondo un’ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l’eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti *erga omnes*, l’illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.” (corsivo aggiunto).

²⁶⁴ Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1427; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Riv. AIC* n. 1/2019, p. 172, il quale tuttavia osserva che escludere in questi casi la disapplicazione immediata “a favore della rimessione alla Corte costituzionale ... produce un rallentamento nella tutela dei diritti”; F. Donati, *I principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 12/2020, p. 111 s., il quale osserva come la Corte, “nelle sue ultime decisioni, parrebbe invece aver lasciato al giudice comune la scelta, in presenza di una norma che contrasta sia con la Costituzione sia con la CDFUE, se disapplicare la norma controversa, laddove ne sussistano i presupposti, ovvero sollevarne la questione di costituzionalità”; S. Leone, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC* n. 3/2019, p. 652 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forumcostituzionale.it*, 24 gennaio 2018, la quale a p. 2 osserva che la Corte “non nega, in teoria, che ai diritti sanciti dalla Carta di Nizza possano essere riconosciuta anche efficacia diretta, ricorrendone i presupposti; richiede, però, di essere interpellata, prima, per essere parte del processo interpretativo”; A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 2020, p. 463; Id., *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza*, Napoli, 2021, p. 153 ss.

dotate di effetto diretto²⁶⁵; mentre, dal punto di vista della Corte, l'evocazione della CEDU quale parametro interposto, come si legge nella motivazione, giustifica "a maggior ragione" il superamento dell'eccezione di inammissibilità, della quale la Corte sembra comunque escludere l'inconsistenza *ictu oculi*.

Pur confermando una rappresentazione non alternativa ma coordinata dei rimedi, nel solco della precedente giurisprudenza²⁶⁶, anche la sentenza n. 149 ribadisce in ogni caso il valore aggiunto del controllo di costituzionalità, ravvisato nell'efficacia *erga omnes* della pronuncia di accoglimento, "tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità"²⁶⁷.

Occorre aggiungere che, come si è visto²⁶⁸, la pronuncia in esame contiene un riferimento alla precedente sentenza n. 67 del 2022, nella quale, tuttavia, per un verso non venivano in rilievo profili di contrasto con la CDFUE; per altro verso, l'effetto diretto del diritto derivato dell'Unione aveva, in quel caso, determinato l'inammissibilità della questione secondo il tradizionale paradigma della doppia pregiudizialità²⁶⁹. Nella sentenza n. 149, è per contro esplicita l'affermazione della sua ammissibilità, pur in presenza di disposizioni della Carta dotate di effetto diretto.

Non è chiaro se il precedente richiamato – nella parte in cui avverte che "il sindacato accentrato di costituzionalità ... non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo" – esprima un'indicazione non preclusiva in via assoluta dell'immediata disapplicazione del diritto interno contrario alla Carta, invece esclusa, secondo la lettura prevalente già richiamata²⁷⁰, dalla sentenza n. 269 del 2017 (pur evocata dalla sentenza n. 67 del 2022), se non una volta definito l'incidente di costituzionalità e solo a certe condizioni²⁷¹.

²⁶⁵ Nella giurisprudenza costituzionale si chiarisce che i casi di "doppia pregiudizialità" riguardano le "controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione" (sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019).

²⁶⁶ In Corte cost., sent. n. 149 del 2022, si afferma che il rimedio della dichiarazione d'incostituzionalità non si sostituisce, ma "si aggiunge a quello rappresentato dalla disapplicazione nel singolo caso concreto, da parte del giudice comune, della disposizione contraria a una norma della Carta avente effetto diretto (sentenza n. 67 del 2022: «il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo»). E ciò in un'ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che, «per definizione, esclude ogni preclusione» (ancora, sentenza n. 20 del 2019), e che vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze" (corsivo non testuale).

²⁶⁷ A proposito della richiamata rappresentazione non alternativa ma coordinata dei rimedi, occorre osservare che l'incidente di costituzionalità non si sostituisce ma si aggiunge alla disapplicazione solo nel caso in cui la Corte costituzionale non addivenga ad una dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione e pronunci invece l'inammissibilità o la non fondatezza della questione, eventualmente, in quest'ultimo caso, in riferimento ad un principio costituzionale di contenuto omogeneo ad una previsione della Carta dotata di effetto diretto, che poi, nel giudizio *a quo*, a séguito di riassunzione, potrebbe determinare la disapplicazione del diritto interno.

²⁶⁸ V. il passaggio riportato alla nota precedente.

²⁶⁹ Appare utile ricordare la perentorietà di alcuni passaggi della sent. n. 67 del 2022, pur insuscettibile, a rigore, di essere riferita alla CDFUE: "Il principio del primato del diritto dell'Unione e l'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE costituiscono dunque l'archittrave su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi. Questa Corte, ha costantemente affermato tale principio, valorizzandone gli effetti propulsivi nei confronti dell'ordinamento interno. In tale sistema il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo (sentenza n. 269 del 2017, punti 5.2 e 5.3 del Considerato; sentenza n. 117 del 2019, punto 2 del Considerato), ma con esso confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate".

²⁷⁰ *Supra*, nota 10.

²⁷¹ Si allude al passaggio della sentenza n. 269 del 2017 – che sul punto richiama non del tutto

3. (Segue): C) Le questioni di costituzionalità prospettate in via prioritaria devono essere scrutinate nel merito, “una volta sollevate”.

Pur non trattandosi di un’inferenza logica, se le questioni di costituzionalità prospettate in via prioritaria devono essere scrutinate nel merito “una volta sollevate” – alla luce dei richiami alla recente giurisprudenza che, almeno di fatto, rimette al giudice comune la scelta circa la precedenza da assegnare all’incidente di costituzionalità sul rinvio pregiudiziale – si potrebbe supporre che la Corte non ritenga preclusa in radice (vale a dire, vietata) l’opzione della non applicazione *de plano*.

L’implicita ammissione di quest’ultima, nonostante la sovrapposizione di parametri di contenuto materialmente costituzionale, non va tuttavia dissociata dall’esplicita e antitetica indicazione, rivolta ai giudici comuni, di privilegiare l’incidente di costituzionalità (peraltro in termini estensivi, menzionando la sentenza n. 149 anche il caso di contrasto con “norme di diritto derivato attuative di tali diritti”). Nel confermare la piena ammissibilità di tali questioni, la Corte ribadisce infatti il vantaggio derivante dall’instaurazione del giudizio incidentale, che può condurre all’eliminazione con efficacia generale delle disposizioni interne in contrasto con la Carta.

Sebbene il Giudice costituzionale teorizzi apertamente, come si è visto, una piena sinergia con i giudici comuni sul terreno della doppia pregiudizialità, essi, di fatto, rimangono nondimeno arbitri della sequenza degli adempimenti, dovendo di volta in volta valutare se attribuire la priorità al rinvio pregiudiziale, ove necessario; alla disapplicazione *omisso medio*; ovvero all’incidente di costituzionalità.

Si tratta di comprendere se la sentenza n. 149 del 2022 sia destinata ad imprimere una svolta, per così dire, facoltizzante alla giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità, estesa ai rapporti tra disapplicazione e instaurazione del giudizio costituzionale, quanto meno sul piano della consapevolezza o della presa d’atto dell’impossibilità di imporre un comportamento processuale di per sé, come si è detto, non coercibile; o se la sentenza n. 149 del 2022, pronunciata “nei limiti dell’impugnazione”²⁷², debba ritenersi circoscritta alla fattispecie del doppio binario sanzionatorio previsto dalla disciplina ormai dichiarata costituzionalmente illegittima e non più idonea, quindi, a produrre effetti di legittimazione del giudice comune che voglia “fare da sé”²⁷³.

Si potrebbe forse, meno restrittivamente, limitare il prudente apprezzamento del giudice comune in ordine alla scelta tra giudizio costituzionale e disapplicazione ai casi nei quali, in materia sanzionatoria, s’imponga uno scrutinio – in ipotesi, anche diffuso – destinato, a séguito dell’accertamento del contrasto con il parametro sovranazionale, ad operare *in bonam partem*, o *in mitius*²⁷⁴, ciò che, tuttavia, non sembra pienamente armonizzarsi con il passaggio

testualmente alcuni passaggi delle sentenze *Melki* e *A c. B* – nel quale si legge che rimane fermo il potere dei giudici comuni “di disapplicare, *al termine* del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell’Unione” (corsivo non testuale).

²⁷² L’evocazione dell’art. 27 della legge n. 87 del 1953 è naturalmente atecnica, trattandosi in queste pagine non già dell’oggetto della declaratoria d’incostituzionalità, ma di un profilo di ammissibilità.

²⁷³ Per una argomentata interpretazione restrittiva della portata della sent. n. 149 del 2022 cfr. R. RUDONI, *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativamente al ‘doppio binario’ in materia di diritto d’autore)*, in *Nomos*, n. 2/2022.

²⁷⁴ La stessa sent. n. 149 ricorda con ampiezza di riferimenti che la disciplina sovranazionale sul diritto

della sentenza nel quale l'efficacia *erga omnes* della pronuncia di accoglimento si considera "tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità".

Si tratta di ipotesi del tutto provvisorie di contenimento degli effetti di ulteriore relativizzazione della priorità del giudizio costituzionale – ascrivibili alla sentenza n. 149 o comunque derivanti dalla stessa, nella lettura che ne faranno i giudici comuni – che solo la futura giurisprudenza costituzionale potrà precisare.

4. Priorità del giudizio costituzionale come opzione preferenziale.

Sembra plausibile supporre che l'indicazione impartita nella sentenza n. 269 del 2017, nella parte relativa alla priorità dell'incidente di costituzionalità, sia stata superata, nella sua iniziale absolutezza, non tanto per la resistenza della Corte di giustizia, che anzi aveva già mostrato di tollerare tale priorità, seppure a certe condizioni²⁷⁵, quanto, più che altro, in considerazione della non facile coercibilità della condotta processuale dei giudici comuni, nei cui confronti la Corte non ha strumenti idonei a rendere cogente il carattere prioritario della questione di legittimità costituzionale, né in rapporto al rinvio pregiudiziale, né, ricorrendone i presupposti, rispetto alla disapplicazione *de plano*.

Quand'anche, in assenza di una disciplina legislativa analoga a quella contenuta nella legge organica francese sulla *question prioritaire de constitutionnalité*²⁷⁶, si ammettesse l'elaborazione in via pretoria di una regola processuale di priorità costituzionale in sede di instaurazione del giudizio incidentale, tale regola non sarebbe "giustiziabile" neppure a fronte di un'istanza di parte disattesa dal giudice.

L'articolo 24 della legge n. 87 del 1953, nella parte in cui prevede che l'eccezione di illegittimità costituzionale può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo, comporta infatti, secondo l'esegesi preferibile, che l'ordinanza con cui l'eccezione sia stata rigettata non sia impugnabile, né reclamabile²⁷⁷.

Si è visto peraltro che, mentre dalla giurisprudenza costituzionale emerge in termini abbastanza univoci un atteggiamento di cedevolezza rispetto alla sequenza temporale preferibile delle due pregiudiziali, meno esplicita sembra la posizione della Corte sulla priorità del giudizio costituzionale in caso di contrasto tra diritto interno e disposizioni della Carta

al *ne bis in idem* di cui all'articolo 50 CDFUE è oggetto di numerose sentenze della Cassazione penale e civile in materia di abusi di mercato che ad essa riconoscono effetto diretto.

²⁷⁵ Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli; sentenza 11 settembre 2014, C-112/13, A c. B e altri. Di recente, la Corte di giustizia, sentenza 24 ottobre 2018, C-234/17, XC YB ZA, spec. punti 44 e 45, ha più esplicitamente riferito anche alla CDFUE il principio del primato in tutte le sue implicazioni, riproponendone in termini ancora più rigorosi i tradizionali corollari e ribadendo, nel solco tracciato dalla sentenza Simmenthal, che il potere di disapplicazione della disciplina interna va esercitato dal giudice nazionale, ricorrendone i presupposti, "senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale". Su quest'ultima decisione cfr. A. Ruggeri, Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria, in Rivista di Diritti comparati, n. 3/2018, p. 99 ss.

²⁷⁶ A norma della Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, "In ogni caso, il giudice, quando è investito di motivi che contestano la conformità di una disposizione legislativa, da un lato, con i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione e, dall'altro, con gli obblighi internazionali della Francia, deve pronunciarsi in via prioritaria sulla trasmissione della questione di legittimità costituzionale al Conseil d'État o alla Cour de cassation".

²⁷⁷ Cfr. G. AMOROSO, G. PARODI, Il giudizio costituzionale, Milano, 2020, p. 155.

suscettibili di applicazione diretta, senza necessità di previo rinvio pregiudiziale, eventualmente sulla scorta della pregressa giurisprudenza sovranazionale²⁷⁸.

È del resto evidente la maggiore delicatezza di un approccio facoltizzante orientato ad una, seppure parziale, diffusione del controllo di costituzionalità in riferimento alle disposizioni della Carta, senza il tramite della Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale nel corso del procedimento; mentre la precedenza accordata al rinvio pregiudiziale, secondo la logica della priorità attenuata, o preferenziale, consentirebbe, quanto meno, di contestualizzare l'eventuale disapplicazione, sintonizzandola sul caso concreto sotto la guida della Corte di giustizia.

5. L'adesione spontanea alla priorità del giudizio costituzionale.

Quanto precede consente di proporre alcune considerazioni di sintesi con riguardo alle concrete prospettive di contenimento – tramite adesione spontanea alla logica della priorità del giudizio costituzionale – del sindacato diffuso di compatibilità con la CDFUE, in via di

278 Da ultimo, in tema di proporzionalità delle sanzioni penali, cfr. Corte di giustizia, sentenza 8 marzo 2022, C-205/20, NE contro Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld, spec. punto 31: “[...] occorre rammentare che il rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell’Unione, si impone agli Stati membri nell’attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell’Unione nel settore delle sanzioni applicabili [...]. Qualora, nell’ambito di una siffatta attuazione, gli Stati membri adottino sanzioni aventi carattere più specificamente penale, essi sono tenuti ad osservare l’articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea [...], a norma del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato. Orbene, detto principio di proporzionalità, che l’articolo 20 della direttiva 2014/67 si limita a richiamare, presenta carattere imperativo”.

Riconoscono effetti diretti a disposizioni della Carta anche Corte di giustizia, sentenza 17 aprile 2018, C-414/16, Egenberger, in materia di discriminazioni fondate sulla religione ai sensi dell’art. 21, par. 1, CDFUE; sentenza 6 novembre 2018, C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft e sentenza 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, Stadt Wuppertal c. Maria Elisabeth Bauer e Volker Willmeroth c. Martina Broßonn, in tema di ferie annuali retribuite ai sensi dell’articolo 31, par. 2, CDFUE. Secondo quest’ultima decisione, l’obbligo di disapplicare la normativa nazionale “grava sul giudice nazionale sulla base dell’articolo 7 della direttiva 2003/88 e dell’articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali se detta controversia intercorre tra un ... successore e un datore di lavoro che riveste la qualità di autorità pubblica, e sulla base della seconda di queste disposizioni se la controversia ha luogo tra il successore e un datore di lavoro che ha la qualità di privato”.

In tema di diritto all’oblio cfr. Corte di giustizia, sentenza 13 maggio 2014, C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, la quale, nella lettura di alcuni commentatori – ad esempio, O. Pollicino, L’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato, in *medialaws.eu*, n. 3/2018, p. 152 ss. – riconoscerebbe efficacia diretta orizzontale agli articoli 7 e 8 della CDFUE.

In Corte di giustizia, sentenza 15 gennaio 2014, C-176/12, Association de médiation sociale, par. 48, si afferma invece, escludendone l’effetto orizzontale, che “l’articolo 27 della Carta non può, in quanto tale, essere invocato in una controversia ... al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata”.

Di tenore analogo Corte di giustizia, sentenza 24 maggio 2014, C-356/12, Glatzel, pronunciata su rinvio pregiudiziale di validità, nella quale, al punto 78, si conclude che “sebbene l’articolo 26 della Carta prescriva ... all’Unione di rispettare e riconoscere il diritto dei disabili di beneficiare di misure di inserimento, il principio così consacrato non implica che il legislatore dell’Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare. Affinché produca pienamente effetti, l’articolo deve essere concretizzato da disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale. Esso non può, quindi, conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile (v. in tal senso, riguardo all’articolo 27 della Carta, sentenza Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, punti 45 e 47)”.

progressivo allargamento²⁷⁹, da ultimo esteso dalla Corte di giustizia, in termini apparentemente pervasivi, alla proporzionalità delle sanzioni penali²⁸⁰ e, si ritiene, punitive²⁸¹.

Occorre a tale proposito considerare i diversi scenari nei quali la non applicazione per contrasto con la Carta europea si può presentare.

Pare sin d'ora possibile anticipare che, in caso di adesione del giudice al *modus operandi* preferito dalla Corte costituzionale, quest'ultima riacquista un pieno diritto di parola, rompendo l'isolamento senza tuttavia poter precludere un successivo sindacato diffuso di compatibilità con la CDFUE, orientato dal diritto pretorio di origine sovranazionale.

Infatti, quand'anche nel caso singolo si affermasse la priorità del giudizio costituzionale rispetto alla disapplicazione – come ancora da ultimo ipotizzato in sede di commento alla sentenza della Corte di giustizia sull'effetto diretto dell'art. 49, par. 3, CDFUE²⁸² – l'eventualità di un sindacato diffuso sarebbe solo rinviata, giacché, dopo la pronuncia della Corte costituzionale, rimarrebbe aperta, ad eccezione del caso di accoglimento non interpretativo della questione²⁸³ e salvo il ricorso ai controlimiti, quanto meno la possibilità del rinvio pregiudiziale, con possibile successiva riattivazione del “meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo”²⁸⁴.

Per quanto riguarda la possibilità, in presenza dei necessari presupposti, di procedere alla disapplicazione pur a séguito di una pronuncia di rigetto del Giudice costituzionale, in un'ottica di “concorso di rimedi giurisdizionali”²⁸⁵, la sentenza n. 269 del 2017 l'aveva espressamente ammessa limitatamente all'ipotesi in cui la disciplina interna previamente scrutinata dalla Corte costituzionale fosse stata ritenuta contraria al diritto dell'Unione “*per altri profili*”.

Una volta caduta, nella giurisprudenza successiva, tale controversa limitazione, potrebbe accadere che il giudice – previo rinvio pregiudiziale o eventualmente nel solco di precedenti interpretazioni della Corte di Lussemburgo – si risolva a non applicare la disciplina interna ritenendola incompatibile con una previsione della Carta provvista di effetto diretto di contenuto omogeneo al parametro costituzionale del quale la Corte costituzionale, investita nel corso del medesimo giudizio comune, abbia invece escluso la violazione, come sembra ammettere la giurisprudenza costituzionale successiva a *Ceramica Sant'Agostino*²⁸⁶.

²⁷⁹ Argomentate e condivisibili preoccupazioni per tale allargamento sono state espresse, tra gli altri, da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit.; R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *rivistaaic.it*, n. 4/2018, p. 640 s.; G. Sorrenti, *CDFUE e rapporti inter privatos ovvero “L'essenziale è invisibile agli occhi”?* (ancora sulla doppia pregiudizialità ... passando per Saint Exupery), in *Consulta online*, 2021, spec. p. 8 ss.

²⁸⁰ Corte di giustizia, sentenza 8 marzo 2022, C-205/20, *NE contro Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, già citata.

²⁸¹ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia. Note a Corte di giustizia UE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, NE*, in *Sistema Penale*, 2022, p. 15 ss.

²⁸² F. VIGANÒ, *Op. cit.*, p. 17 ss.

²⁸³ Sul punto, A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1427.

²⁸⁴ Corte cost., sentenze n. 67 e 149 del 2022.

²⁸⁵ Corte cost., sentt. n. 269 del 2017, punto 5.2., e n. 19 del 2020, punto 2.3.

²⁸⁶ In Corte cost., sent. n. 19 del 2020, punto 4.3., si ribadisce “il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta”.

In presenza di un siffatto disallineamento, diversamente dall'ipotesi di caducazione della disposizione interna ad opera della Corte costituzionale, la questione prioritaria di costituzionalità rischia di trasformarsi in un mero diritto di tribuna.

6. L'opzione opposta: la “prima parola” alla Corte di giustizia.

Nel caso in cui il giudice comune abbia, come la giurisprudenza costituzionale non gli impedisce di fare, dato la “prima parola” alla Corte di giustizia²⁸⁷, la successiva percorribilità – in riferimento agli stessi profili – dell'incidente di costituzionalità in luogo della disapplicazione eventualmente richiesta dalla pronuncia pregiudiziale sarebbe piuttosto impervia per almeno due ragioni.

In primo luogo, il “tradizionale” profilo di irrilevanza della questione risulterebbe più difficilmente superabile in presenza di una previa (e non già semplicemente eventuale) pronuncia della Corte di giustizia dichiarativa dell'effetto diretto nel giudizio principale.

In secondo luogo, in presenza di una sentenza del Giudice dell'Unione già pronunciata nell'ambito del procedimento in corso, apparirebbe più evidente la contrarietà dell'incidente di costituzionalità – pur promosso al fine di pervenire all'annullamento con effetti *erga omnes* della disciplina interna – alla giurisprudenza comunitaria che, a partire dalla sentenza *Simmenthal*, non ammette che la risoluzione dell'antinomia sia affidata ad un'autorità giurisdizionale diversa da quella adita²⁸⁸.

Quest'ultima è stata infatti espressamente e puntualmente “abilitata”, se non obbligata, a disapplicare il diritto interno dalla Corte di Lussemburgo, sollecitata in via pregiudiziale nel corso del medesimo procedimento che deve essere definito.

Volendo considerare un'ipotesi residuale, l'incidente di costituzionalità potrebbe trovare apparente giustificazione nell'interesse a dichiarare, con effetti *erga omnes*, l'illegittimità della disciplina interna che conservi una perdurante applicabilità al di fuori del campo di applicazione del diritto dell'Unione²⁸⁹, in contrasto con un parametro costituzionale corrispondente a quello sovranazionale ritenuto violato dalla Corte di giustizia.

Si tratta tuttavia di un'ipotesi di scuola, perché l'effetto diretto di una disposizione della Carta decretato dalla Corte di giustizia nel corso di un procedimento giurisdizionale presuppone, in linea di principio, la riconducibilità della fattispecie concreta al campo di applicazione del diritto dell'Unione, peraltro inteso in senso ampio²⁹⁰, e, di conseguenza, l'irrilevanza, nell'ambito del medesimo procedimento, della questione relativa a disposizioni nazionali applicabili a fattispecie non comunitarie; a meno che, come non di rado accade, la

²⁸⁷ Il coinvolgimento prioritario del giudice sovranazionale non può essere precluso, come osserva con particolare nettezza A. RUGGERI, *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, p. 11, “laddove il giudice abbia appunto bisogno di ricevere lumi dalla Corte dell'Unione”.

²⁸⁸ Corte di giustizia, sentenza 9 marzo 1978, in causa 106/77, Amministrazione delle finanze dello Stato.

²⁸⁹ Cfr. art. 51, par. 1, primo periodo, CDFUE: “Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, *come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*” (corsivo non testuale).

²⁹⁰ Sulla nozione di “attuazione del diritto dell'Unione”, dilatata dalla giurisprudenza soprattutto a partire dalla citata sentenza 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Åkerberg Fransson*, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 183 ss., la quale analizza l'interpretazione estensiva della nozione, al di là del significato comune di applicazione o trasposizione del diritto dell'Unione; l'ambito di applicazione della Carta si estende infatti, come si documenta diffusamente alle p. 213 ss., all'adempimento di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, alle connesse norme procedurali e sanzionatorie, all'esercizio di poteri discrezionali previsti dal diritto UE.

Corte dell'Unione non abbia delegato al giudice del processo principale la verifica di un presupposto di applicabilità del diritto UE²⁹¹.

Tale frangente impone al giudice *a quo* di procedere, in conformità alle indicazioni contenute nella sentenza pronunciata su rinvio pregiudiziale, ad una ulteriore verifica dell'inerenza della fattispecie al campo di applicazione del diritto dell'Unione, in esito alla quale è possibile procedere, secondo le indicazioni della Corte di giustizia, alla disapplicazione del diritto interno contrario alla Carta o, in alternativa, ricorrendone i presupposti, alla prospettazione di un dubbio di costituzionalità in riferimento al parametro costituzionale "omogeneo". Non è peraltro del tutto escluso che, a tal fine, si renda necessario un nuovo rinvio pregiudiziale²⁹².

Si tratta tuttavia di scenari residuali estranei all'oggetto di queste pagine, come anche l'ulteriore ipotesi della questione di legittimità costituzionale pacificamente ammissibile ove sollevata in relazione a disposizioni di diritto dell'Unione sprovviste di effetto diretto. Anche in quest'ultimo caso, come ancora di recente chiarito dalla Corte costituzionale, l'accertamento dell'inerenza al campo di applicazione è condizione di ammissibilità della questione incidentale sollevata in riferimento al parametro sovranazionale interposto²⁹³.

7. Disapplicazione e controlimiti. "Quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile".

In conclusione, ove il giudice *a quo* si adegui all'indicazione della priorità costituzionale, i vantaggi attesi sembrano essere i seguenti: viene offerta al Giudice costituzionale la possibilità di dichiarare, prima dell'eventuale intervento della Corte di giustizia, l'illegittimità costituzionale della legge in contrasto con la Carta e, o, con la Costituzione, con efficacia *erga*

²⁹¹ Cfr. ad esempio Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, la quale tra l'altro statuisce che "L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, *nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo*", il cui accertamento viene affidato al giudice nazionale.

²⁹² La reiterazione del rinvio pregiudiziale non è esclusa dalla giurisprudenza, neppure nell'ambito del medesimo procedimento, come ancora da ultimo ha chiarito la Corte di giustizia, sentenza 7 luglio 2022, C-261/21, *F. Hoffmann-La Roche Ltd e altri contro AGCM*, punto 55: "Per quanto i giudici nazionali possano, in virtù della cooperazione tra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, rivolgersi nuovamente alla Corte prima di dirimere la controversia di cui sono investiti, al fine di ottenere ulteriori chiarimenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C-561/19, EU:C:2021:799, punto 38 e giurisprudenza ivi citata), tale disposizione non può, tuttavia, essere interpretata nel senso che un organo giurisdizionale nazionale possa proporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale volta a chiarire se detto organo giurisdizionale nazionale abbia correttamente applicato al procedimento principale l'interpretazione fornita dalla Corte in risposta a una domanda di pronuncia pregiudiziale da esso precedentemente sottoposta nello stesso procedimento".

²⁹³ In Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 4 del *Considerato in diritto*, si legge: "Deve invece essere dichiarata, d'ufficio, l'inammissibilità della questione formulata dal giudice *a quo* in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 24 CDFUE, non avendo la Sezione rimettente motivato sulla sua riconducibilità all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 51 CDFUE, ciò che condiziona la stessa applicabilità delle norme della Carta (*ex multis*, sentenze n. 190 del 2020, n. 279 del 2019, n. 37 del 2019). Il che non esclude, naturalmente, che le norme della Carta possano essere comunque tenute in considerazione come criteri interpretativi degli altri parametri, costituzionali e internazionali, invocati dal giudice rimettente (come è accaduto, ad esempio, nelle sentenze n. 102 del 2020 e 272 del 2017 per l'appunto in relazione all'art. 24 CDFUE)".

omnes (si limita il sindacato diffuso eterodiretto²⁹⁴; “se ne giovano la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici”²⁹⁵); viene dischiuso al Giudice costituzionale un possibile canale di interlocuzione con la Corte di giustizia, per contribuire (secondo un assunto peraltro non unanimemente condiviso) all’interpretazione della Carta in conformità alle tradizioni costituzionali comuni e, soprattutto, per prospettare in anticipo eventuali profili di interferenza con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale²⁹⁶.

Si tratta, come si è detto, di un duplice vantaggio (non trascurabile, ma) eventuale, perché dipendente dalla disponibilità del giudice comune a porsi nella prospettiva collaborativa della priorità costituzionale.

Ed è altresì un vantaggio relativo, giacché è stato chiarito che la priorità del giudizio costituzionale non preclude, a valle di una decisione di rigetto, la disapplicazione al termine del giudizio incidentale, quanto meno a seguito di rinvio pregiudiziale.

L’indicazione favorevole alla disapplicazione è stata da ultimo ribadita dalla sentenza di inammissibilità per irrilevanza n. 67 del 2022, che rispecchia la tradizionale fisiologia dei rapporti tra rimedi processuali in caso di doppia pregiudizialità, con riguardo, tuttavia, all’interpretazione non già della Carta ma di disposizioni di diritto derivato, oggetto di una pronuncia della Corte di giustizia alla quale la Cassazione aveva (senza evocare disposizioni della CDFUE) dato la “prima parola”²⁹⁷.

Se il passo successivo fosse la generalizzata estensione di tale soluzione alle ipotesi di contrasto con la Carta, oggetto di una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia previamente investita, la traiettoria giurisprudenziale avviata da *Ceramica Sant’Agostino* tornerebbe al punto di partenza e la trama del sindacato diffuso in riferimento alle previsioni della Carta, nel solco dei percorsi giurisprudenziali tracciati in sede europea, si dispiegherebbe con rinnovata forza espansiva.

Si è visto che, pur richiamando la citata sentenza n. 67, la sentenza n. 149 del 2022 non si pone nella medesima prospettiva e procede a scrutinare nel merito la questione sollevata pur in presenza delle condizioni che, in astratto, avrebbero consentito – se non, dal punto di vista del diritto dell’Unione, imposto – la disapplicazione della disciplina sanzionatoria interna, per contrasto con l’articolo 50 CDFUE (peraltro, come si è detto, non specificamente evocato dal giudice *a quo* ma solo dalla difesa erariale, a fondamento della sua eccezione di inammissibilità).

Ferma restando la possibilità di trarre profitto da iniziative incidentali autonomamente promosse in nome della priorità costituzionale, le incertezze sopra segnalate suggeriscono di invitare gli interpreti – a tutela del sindacato accentrato, posto “a fondamento dell’architettura

²⁹⁴ G. Sorrenti, *CDFUE e rapporti inter privatos ovvero “L’essenziale è invisibile agli occhi”?* (ancora sulla doppia pregiudizialità ... passando per Saint Exupéry), in *Consulta online*, 2021, osserva che la “‘posta in gioco’ ... non è accentramento vs. diffusione ... bensì interpretazione-applicazione dei diritti fondamentali da parte della Corte costituzionale vs. interpretazione-applicazione (quest’ultima per il tramite dei giudici comuni) dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia”.

²⁹⁵ G. AMOROSO, *La «doppia pregiudiziale» e l’individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia) cui il giudice può rivolgersi «in prima battuta»*, in *Il Foro Italiano*, V, 2022, c. 6.

²⁹⁶ All’inverso, peraltro, può anche darsi il caso, come osserva G. AMOROSO, *La «doppia pregiudiziale» e l’individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia) cui il giudice può rivolgersi «in prima battuta»*, cit., c. 5, che l’affermato «concorso di rimedi giurisdizionali» rilevi “allorché la tutela di un determinato diritto fondamentale, quale approntata dalla Carta nella lettura che ne offre la Corte di giustizia, risulti essere, in ipotesi, superiore a quella prevista dalla corrispondente norma della Costituzione, come interpretata dalla Corte costituzionale, e in tale evenienza quest’ultima ben può essere chiamata ad allineare il livello della tutela”.

²⁹⁷ Sulla citata sentenza cfr. B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Principio di sistema o intralcio al decisore: l’asimmetria territoriale alla prova dell’emergenza*, in *DPCEonline*, 2022.

costituzionale”²⁹⁸, la cui funzione peculiare non sfugge alla stessa Corte dell’Unione²⁹⁹ – ad una più attenta vigilanza sulla tenuta controlimiti, se necessario ponendo la Corte costituzionale nella condizione di intervenire, secondo la sperimentata modalità dialogica³⁰⁰.

Il criterio di giudizio riconducibile ai precedenti *Frontini*³⁰¹, *Granital*³⁰² e *Fraga*³⁰³ potrebbe fondare su basi probabilmente più solide un principio di priorità del giudizio costituzionale che cesserebbe così di essere, quanto meno secondo una prassi giurisprudenziale tollerata, meramente preferenziale.

Si tratterebbe del resto di preservare il controllo di costituzionalità accentrato, almeno sulla legislazione non “comunitariamente imposta”, in termini speculari rispetto alla giurisprudenza comunitaria, secondo la quale la questione prioritaria di costituzionalità “non può pregiudicare la competenza esclusiva della Corte di giustizia a dichiarare l’invalidità di un atto dell’Unione”³⁰⁴ e, nei casi nei quali l’atto normativo statale risulti “comunitariamente imposto” – ma solo in quelli, occorre precisare – alla questione pregiudiziale di validità deve essere riconosciuto “carattere preliminare”³⁰⁵.

Negli altri casi, come si è detto, la priorità del giudizio costituzionale dovrebbe essere riconosciuta in termini speculari.

Un coordinamento dei sistemi di tutela nei termini tratteggiati, orientato al reciproco riconoscimento delle rispettive attribuzioni “esclusive”, non sembra impossibile nel quadro della richiamata impostazione cooperativa.

D’altro canto – come in una occasione la Corte costituzionale non ha esitato a dire con riguardo all’eventualità di un contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale – “quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile”³⁰⁶.

²⁹⁸ Corte cost., sentt. n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019.

²⁹⁹ Nella sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, sent. 2 settembre 2021, C-350/20, *O. D. e altri*, pronunciata su rinvio pregiudiziale disposto dalla Corte costituzionale con la citata ord. n. 182 del 2020, al punto 40, si legge che “il giudice del rinvio non è il giudice chiamato a pronunciarsi direttamente sulle controversie principali, bensì un giudice costituzionale a cui è stata rimessa una questione di puro diritto – indipendente dai fatti adottati dinanzi al giudice di merito – questione alla quale esso deve rispondere alla luce sia delle norme di diritto nazionale che delle norme del diritto dell’Unione al fine di fornire non solo al proprio giudice del rinvio, ma anche all’insieme dei giudici italiani, una pronuncia dotata di effetti *erga omnes*, vincolante tali giudici in ogni controversia pertinente di cui potranno essere investiti. In tale contesto, l’interpretazione del diritto dell’Unione richiesta dal giudice del rinvio presenta un rapporto con l’oggetto della controversia di cui è investito, che riguarda esclusivamente la legittimità costituzionale di disposizioni nazionali rispetto al diritto costituzionale nazionale letto alla luce del diritto dell’Unione”. A seguito della citata sentenza della Corte di giustizia, la Corte costituzionale ha pronunciato la sent. 54 del 2022.

³⁰⁰ Cfr. Corte cost., ord. 182 del 2020, sul requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai fini dell’erogazione agli stranieri dell’assegno di natalità e dell’assegno di maternità; ord. n. 217 del 2021, in tema di mandato d’arresto europeo, che rinvia alle precedenti iniziative intraprese “in un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia”, richiamando, nell’ordine, la sent. n. 269 del 2017 e le ordd. n. 182 del 2020 e n. 117 del 2019, nonché, nella stessa materia del mandato di arresto europeo, ord. n. 216 del 2021.

³⁰¹ Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

³⁰² Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

³⁰³ Corte cost., sent. n. 232 del 1989.

³⁰⁴ Corte di giustizia UE, sentenza 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 54.

³⁰⁵ Corte di Giustizia UE, sentenza 11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B e altri*, punto 43.

³⁰⁶ Corte cost., sent. n. 232 del 1989, par. 3.1. del *Considerato in diritto*.

Il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea: disciplina e indicazioni pratiche*

SOMMARIO: 1. La Corte di giustizia, giudice nazionale e tutela dei diritti del singolo. 2. La cooperazione fra Corte e giudice nazionale quale espressione del principio di leale cooperazione. 3. La definizione della “pregiudizialità” La condizione soggettiva del rinvio. La qualità di giurisdizione nazionale legittimata a fare il rinvio. 4. La condizione oggettiva del rinvio: la distinzione fra rinvio di interpretazione e di validità. La diversità di competenze della Corte rispetto al giudice nazionale. 5. La formulazione del quesito pregiudiziale da parte del giudice nazionale. 6. La facoltà e l'obbligo di rinvio. Le questioni di interpretazione. Il “non rinvio” e l'obbligo di motivazione. 7. Le questioni di validità. 8. La tutela cautelare. 9. Gli effetti delle sentenze: a) l'ambito soggettivo e gli effetti erga omnes; b) gli effetti nel tempo e la tutela dei diritti del singolo; c) gli effetti nei confronti di decisioni nazionali contrastanti. 10. Il procedimento accelerato e il procedimento pregiudiziale di urgenza. 11. Le più recenti competenze pregiudiziali riconosciute alla Corte di giustizia.

1. La Corte di giustizia, giudice nazionale e tutela dei diritti del singolo titolo paragrafo.

Non v'è dubbio che il tema del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sia uno dei temi che, nello studio e nell'applicazione del diritto comunitario (prima) e del diritto dell'Unione europea (poi) abbia suscitato un grande interesse da parte del giurista, giudice, avvocato, studioso: da parte di chi studia il fenomeno comunitario in quanto tale e nel contesto internazionale, di chi mette a confronto i rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e quello nazionale. Si tratta di profili sostanziali, di garanzie giurisdizionali che il diritto UE da un lato, e il diritto nazionale dall'altro lato, offrono al singolo che nell'ordinamento dell'Unione è considerato come un soggetto.

Afferma la Corte, proprio nell'affrontare il tema della funzione dell'art. 267 TFUE (all'epoca art. 171 TCE), che lo “*scopo [di tale funzione] è di garantire l'uniforme interpretazione del Trattato da parte dei giudici nazionali*” e ciò “*costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter esser fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici. In considerazione di tutte queste circostanze*”, conclude la Corte “*che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore dei quali gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*”, attribuendo ai singoli, che sono dunque soggetti dell'ordinamento, dei “*diritti soggettivi*”³⁰⁷.

* Lo scritto riproduce, con integrazioni e modifiche, la relazione tenuta al corso della Scuola Superiore della Magistratura “Giudice comune, Corte costituzionale e giudizio di costituzionalità”, Roma, 30-31.5.2023. I riferimenti contenuti nelle note sono di carattere essenziale.

³⁰⁷ Sentenza 5.2.1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, pag. 23. Sul tema del rinvio pregiudiziale la letteratura è assai vasta: per alcuni più recenti contributi, si vedano F. FERRARO, C. IANNONE (sous la direction de), *Le renvoi Préjudiciel*, Bruxelles, 2023 (ivi vari contributi), nonché E. CIMIOTTA, *L'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia*, Torino, 2023; A. CORRERA, *Natura ed effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia*, Napoli, 2023.

L'apparato giurisdizionale dell'Unione europea è rappresentato dalla Corte di giustizia e dal Tribunale dell'Unione, già Tribunale di primo grado (esisteva anche un Tribunale della funzione pubblica, creato nel 2004 ma che ha cessato l'attività nel 2016, le sue competenze essendo state attribuite al Tribunale). Questi giudici non si pongono, fra loro, in rapporto gerarchico: esercitano le competenze determinate dai Trattati e integrate dallo Statuto della Corte, contenuto in un Protocollo (n. 3) allegato ai Trattati³⁰⁸.

La competenza pregiudiziale, ovvero la competenza a giudicare a seguito di rinvio pregiudiziale, prevista dall'art. 267 TFUE è, ancor oggi, competenza esclusiva della Corte anche se l'art. 256, par. 3 TFUE prevede che "in materie specifiche determinante dallo statuto" il Tribunale "è competente a conoscere delle questioni pregiudiziali". La norma fu introdotta dal Trattato di Nizza del 26.2.2001 (art. 225 del TCE -Trattato che istituiva la Comunità europea) e una proposta di regolamento sul trasferimento di competenze in alcune materie è attualmente oggetto di discussione³⁰⁹. Si tratterebbe di una modifica allo Statuto della Corte, introdotta ex art. 281 TFUE (il Parlamento e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria, su richiesta della Corte e previa consultazione della Commissione o su proposta della Commissione previa consultazione della Corte). In ogni caso, quand'anche fosse attribuita tale competenza, il Tribunale può (art. 256, par. 3) rinviare la causa alla Corte qualora "ritenga che la causa richieda una decisione di principio che potrebbe compromettere l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione" e le decisioni emesse dal Tribunale possono essere oggetto di riesame da parte della Corte qualora "sussistano gravi rischi che l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione siano compromesse" (art. 256, par. 3 TFUE; art. 62 Statuto sulla competenza del primo avvocato generale a chiedere il riesame).

Alla Corte, nel sistema giurisdizionale di questo ordinamento, è riconosciuta una funzione essenziale e centrale. La Corte è l'interprete del diritto UE, come afferma l'art. 19 TUE, che ne definisce il ruolo: "Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato", mentre l'art. 256 TFUE definisce il riparto di competenze (ancor oggi vigente come si è detto) fra Corte e Tribunale, giudice di primo grado (ma anche giudice d'appello nelle decisioni adottate dai "tribunali specializzati", quale era il Tribunale della funzione pubblica)³¹⁰. L'art. 19 (2° comma) è anche la norma di riferimento per comprendere il ruolo del giudice nazionale, che è anch'esso giudice dell'Unione: viene previsto l'obbligo per gli Stati membri di stabilire "i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione", in un quadro di leale cooperazione (art. 4, par. 3 TUE) fra giudici, fra istituzioni, dell'Unione e nazionali, perché il diritto sia correttamente applicato in un ordinamento definito "comunità di diritto".

Afferma la Corte, precisando anche ruolo e *status* dei singoli, che *"la Comunità economica europea [poi Unione europea] è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte né*

³⁰⁸ Dispone l'art. 51 TUE che "I protocolli e gli allegati ai trattati ne costituiscono parte integrante".

³⁰⁹ Sulle modifiche introdotte in materia di competenza pregiudiziale, per alcuni rilievi R. MASTROIANNI, Il Trattato di Nizza e il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie, in B. NASCIBENE (a cura di), Il processo comunitario dopo Nizza, Milano, 2003, p. 35 ss. Sulla proposta di regolamento A. TIZZANO, Il trasferimento di alcune questioni pregiudiziali al Tribunale UE, in BlogDUE, 11.1.2023; C. AMALFITANO, Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea, in Il Diritto dell'Unione europea, n. 3, 2022, ivi ampi riferimenti. La proposta, del 5.12.2022, consiste in una "Domanda presentata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 281, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine di modificare il Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, in https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-12/demande_transfert_ddp_tribunal_it.pdf. Si vedano anche i contributi in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, Il giudice dell'Unione europea alla ricerca di un assetto efficiente e (in)stabile: dall'incremento della composizione alla modifica delle competenze, Milano, 2022.

³¹⁰ L'art. 225 TCE prevedeva la competenza del Tribunale a conoscere delle decisioni delle "camere giurisdizionali", poi definite "tribunali specializzati". Tali camere avrebbero dovuto essere istituite ai sensi dell'art. 225A TCE, e avrebbero avuto la competenza "a conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche".

*le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato. In particolare, con gli artt. 173 [poi 263 TFUE] e 184 [poi 277 TFUE], da un lato, e con l'art. 177 [poi 267 TFUE], dall'altro, il trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni. Le persone fisiche e le persone giuridiche sono in tale modo tutelate contro l'applicazione, nei loro confronti, di atti di portata generale che esse non possono impugnare direttamente davanti alla Corte a causa dei particolari presupposti di ricevibilità specificati nell'art. 173 [poi 263 TFUE], secondo comma, del trattato*³¹¹.

2. La cooperazione fra Corte e giudice nazionale quale espressione del principio di leale cooperazione.

Alla funzione esercitata dalla Corte partecipano, dunque, anche i giudici nazionali, definiti giudici comuni (“piccoli giudici”)³¹² rispetto alla Corte che assume funzione “costituzionale” o para-costituzionale. Proprio in virtù del principio di leale cooperazione, che assume rilevanza anche nel rinvio pregiudiziale, i giudici nazionali sono tenuti a garantire l'esecuzione degli obblighi di diritto UE nello svolgimento delle rispettive funzioni. Il dovere di leale cooperazione degli Stati comporta anche il dovere dei giudici nazionali, come ha affermato la Corte, di “garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta”³¹³ e di “interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo [di atti quali le] direttive onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189 [poi 288 TFUE], 3° comma”³¹⁴.

La competenza pregiudiziale è l'espressione tipica di questa cooperazione. La Corte ha esercitato, e continua ad esercitare un ruolo propulsivo ed anche creativo del diritto dell'Unione, contribuendo in modo rilevante alla costruzione del sistema di diritto UE, talora sostituendosi o, addirittura, colmando le lacune delle istituzioni nel quadro del processo legislativo dell'Unione.

Le sentenze “storiche” del diritto dell'Unione sono state rese a seguito di rinvio pregiudiziale: la Corte ha affermato dei principi generali che sono parte integrante, e quindi fonti del diritto UE. Di qui la funzione creativa o “pretoria” della Corte, che ha fornito e continua a fornire un contributo essenziale al sistema.

3. La definizione della “pregiudizialità” La condizione soggettiva del rinvio. La qualità di giurisdizione nazionale legittimata a fare il rinvio.

La competenza è definita pregiudiziale sia perché la sentenza della Corte precede la sentenza del giudice nazionale (pregiudizialità temporale), sia perché è strumentale rispetto all'emanazione di detta sentenza (pregiudizialità funzionale). Dal punto di vista soggettivo è “la giurisdizione di uno degli Stati membri” che è legittimata a proporre una questione di interpretazione o di validità della norma comunitaria: si tratta di una nozione di diritto UE, che non necessariamente coincide con le definizioni proprie degli ordinamenti nazionali. Rileva, dunque, la “funzione giurisdizionale” esercitata dall'organo in questione.

³¹¹ Sentenza 23.4.1986, 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, EU:C:1986:166, punto 23. Sulla rilevanza dell'art. 19 TUE, e sul collegamento con la tutela giurisdizionale riconosciuta dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali, cfr., fra le molte pronunce, 20.4.2021, C-896/19, *Repubblika*, EU:C:2021:311, punti 35-38, 40-41.

³¹² Sulla definizione di giudice comune o giudice naturale del diritto UE, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, 3° ed. Napoli, 2021, vol. I, p. e sulla definizione di “piccoli giudici”, dello stesso Diritto comunitario, 1° ed., Padova, 1995, p. XII della Premessa

³¹³ Sentenza 27.3.1980, 61/79, *Denkavit*, EU:C:1980:100, punto 25.

³¹⁴ Sentenza 10.4.1984, 14/83, *Von Colson*, EU:C:1984:153, punto 26. Sulla separazione di competenza fra giudice dell'Unione e giudice nazionale e sul dovere di leale cooperazione cfr. 3.10.2019, *Fonds du Logement*, C-632/18, EU:C:2019:833, punto 48; 6.10.2021, *Consorzio Italian Management*, C-561/19, EU :C :2021 :799, punto 29.

Un organo che è chiamato “*a statuire nell’ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale*”³¹⁵.

Per quanto l’organo sia giudice di uno Stato membro, qualora la funzione esercitata sia di carattere amministrativo, non ha la competenza a proporre un rinvio alla Corte. Nell’ambito di un procedimento di giurisdizione volontaria, per esempio, quando il giudice esercita la funzione di controllo sui requisiti di una società da omologare ai fini dell’iscrizione nel registro delle imprese, non ha tale competenza, ma esercita invece funzioni giurisdizionali, non già amministrative, qualora decida sul reclamo proposto contro l’omologazione³¹⁶.

La giurisprudenza ha, invero, individuato alcuni criteri, definiti in varie occasioni, ad esempio quando si è trattato di rinvii disposti da arbitri o da autorità amministrative (quali l’AGCM, come si dirà poco oltre), e si è escluso il carattere giurisdizionale di tali organi. Si tratta di criteri che hanno assunto rilevanza in vari ordinamenti, compreso il nostro, ove soltanto nel 2008 la Corte costituzionale si è qualificata “giudice” di una controversia e ha rinviato, per la prima volta, alla Corte di giustizia, così contribuendo a definire la condizione soggettiva del rinvio³¹⁷. Osserva la Corte costituzionale che “pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell’ordinamento interno”, essa è giudice di una controversia in un giudizio di legittimità costituzionale proposta in via principale, quale il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato e fra Stato e regioni, e pertanto è “una giurisdizione nazionale” ai sensi dell’art. 267 TFUE (già art. 234 TCE), “in particolare una giurisdizione di ultima istanza”.

Quanto alla possibile definizione degli arbitri quali organi legittimati ex art. 267, essi non hanno la caratteristica di organi giudiziali poiché, come afferma la Corte, per definire le caratteristiche di un giudice si deve tener conto “*di un insieme di elementi quale l’origine legale dell’organo, il carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l’organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente*”³¹⁸.

L’arbitro, stabilito dalle parti (“*collegio arbitrale convenzionale*”), non possiede tali caratteristiche (“*non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitro*”). Neppure le possiede un’autorità amministrativa come quella della concorrenza in Grecia, ma anche in Italia, mancando sia l’esercizio di una funzione giurisdizionale, sia la piena autonomia rispetto al potere esecutivo³¹⁹.

4. La condizione oggettiva del rinvio: la distinzione fra rinvio di interpretazione e di validità. La diversità di competenze della Corte rispetto al giudice nazionale.

Qual è l’oggetto della questione o delle questioni pregiudiziali? I profili indicati dall’art. 267 TFUE sono due: *a)* l’interpretazione dei Trattati (diritto primario) e di atti di diritto UE (diritto secondario); *b)* la validità (ovvero legittimità) di atti di diritto UE.

Il giudice nazionale accerta l’esistenza di una questione interpretativa o di validità, ma è la Corte che si deve pronunciare sulla soluzione del caso concreto. La distinzione è importante, spesso sottolineata nella giurisprudenza della Corte: la Corte interpreta, il giudice nazionale applica il diritto dell’Unione così come interpretato dalla Corte. Qualsiasi atto di diritto UE può essere oggetto di interpretazione: gli atti vincolanti oppure

³¹⁵ In questi termini Corte, 19.10.1995, C-111/94, *Job Centre I*, EU:C:1995:340, punto 9.

³¹⁶ Cfr. 11.12.1997, C-55/96, *Job Centre II*, EU:C:1997:603, punti 2, 7-8.

³¹⁷ Cfr. l’ordinanza 15.2.2008, n. 103, *Presidenza del Consiglio c. Regione Sardegna*; la Corte di giustizia si è pronunciata con sentenza del 17.11.2009, C-169/08, EU:C:2009:709. I rinvii pregiudiziali effettuati dalla Corte costituzionale sono oggi, complessivamente, sette (ordinanze n. 103/2008; n. 207/2013; n. 24/2017; n. 117/2019; n. 182/2020; n. 216/2021; n. 217/2021).

³¹⁸ Cfr. 27.1.2005, C-125/04, *Denuit*, EU:C:2005:69 e, prima sentenza in argomento, 17.9.1997, C-54/96, *Dorsch Consult*, EU:C:1997:413, punto 23.

³¹⁹ Cfr. 31.5.2005, C-53/03, *Syfait*, EU:C:2005:333, punti 29-36, e 9.9.2003, C-198/01, *C.I.F.*, EU:C:2003:430, punti 62, 80.

quelli non vincolanti (come le raccomandazioni)³²⁰; gli accordi internazionali (compresi quelli misti)³²¹. Quanto alle sentenze della Corte, rese in via pregiudiziale, il giudice nazionale si può trovare “di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza” e può dunque effettuare un secondo rinvio pregiudiziale, non essendo o non apparendo chiare le risposte formulate dalla Corte, anche se la sentenza (prima) pronunciata è pienamente valida ed efficace³²².

Il giudice nazionale gode, dunque, del potere di ampia valutazione, compreso quello di proporre un rinvio, per così dire, aggiuntivo.

Afferma la Corte che “l’art. 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che, nell’ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un’interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell’Unione che siano essenziali ai fini della pronuncia nel merito della causa di cui sono investiti” e che “i giudici nazionali sono liberi di esercitare tale facoltà in qualsiasi momento essi ritengano opportuno”. La sentenza “pregiudiziale vincola il giudice nazionale, per quanto concerne l’interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell’Unione in questione, per la definizione della lite principale” e, se necessario, “deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell’organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell’Unione”, così garantendo “la piena efficacia” delle norme di diritto UE “disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale”³²³.

Nel giudizio di validità (o legittimità), che presenta varie analogie con quello di annullamento ai sensi dell’art. 263 TFUE, gli atti oggetto di esame sono solo quelli impugnabili per annullamento, e pertanto quelli produttivi di effetti giuridici vincolanti: non le raccomandazioni e i pareri; non le sentenze della Corte, la cui validità può essere contestata solo nel caso tassativo della revocazione previsto dall’art. 44 dello Statuto della Corte. L’esame di validità riguarda, dunque, solo il diritto secondario, non il primario.

5. La formulazione del quesito pregiudiziale da parte del giudice nazionale.

Nel quadro della cooperazione ricordato, al giudice nazionale sono assegnati compiti precisi. Il giudice nazionale deve, infatti, mettere la Corte in condizione di decidere. Deve quindi fornire alla stessa tutti gli elementi di diritto e di fatto utili. In mancanza di indicazioni sufficienti, la Corte è legittimata a non rispondere sulle questioni e a dichiarare le stesse irricevibili.

³²⁰ Cfr. la sentenza 13.12.1989, 322/88, *Grimaldi*, EU:C:1989:646, punto 18.

³²¹ Cfr. la sentenza 14.12.2000, C-300/98 e C-392/98, *Christian Dior e altri*, EU:C:2000:688, punto 37. Sul contenuto e l’oggetto della domanda pregiudiziale cfr. l’art. 93 Regol. proc. Corte.

³²² Cfr. l’ordinanza 5.3.1986, 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH*, EU:C:1986:104, punto 15; cfr. anche 19.6.1987, 14/86, *X*, EU:C:1987:275, punto 12; 6.3.2003, C-466/00, *Kaba*, EU:C:2003:127, punto 39; 30.6.2016, C-634/15, *Sokoll*, EU:C:2016:510, punto 19. Le sentenze della Corte possono essere oggetto di interpretazione qualora sussistano “difficoltà sul senso e la portata della sentenza”, su richiesta di una parte o di un’istituzione che dimostri di avere interesse (art. 43 Statuto; art. 158 Regol. procedura). Ciò non vale per le sentenze pregiudiziali, come prevede l’art. 104, par. 1 Regol. proc., che legittima comunque il giudice nazionale, par. 2, a compiere una valutazione di sufficienza, quanto ai chiarimenti ricevuti o se, in caso contrario, “appaia necessario adire nuovamente la Corte”. Le sentenze pregiudiziali non possono neppure essere oggetto di revocazione ex art. 44 Statuto e art. 159 Regol. proc. Corte. Il procedimento pregiudiziale si fonda sulla cooperazione fra giudice nazionale e Corte, alle parti del giudizio *a quo* non essendo consentito di assumere alcuna iniziativa. La *ratio* del procedimento di cooperazione fra giudici ispira anche la norma, art. 101 Regol. proc. Corte, che consente alla Corte, sentito l’avvocato generale, di “chiedere chiarimenti al giudice del rinvio entro un termine da essa stabilito”.

³²³ In questi termini la sentenza 5.10.2020, C-173/09, *Elchinov*, EU:C:2020:581, punti 26, 29-31. Quanto alla possibilità che anche un giudice diverso da quello che ha proposto una questione pregiudiziale proponga un nuovo rinvio pregiudiziale, cfr., fra le altre, 17.7.2014, *Torresi*, C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088, punto 32; 30.6.2016, ordinanza, *Sokoll-Seebacher e Nederhirn*, C-614/15, EU:C:2016:510, punto 19; le conclusioni dell’avvocato generale Bobek del 15.4.2021, *Consorzio Italian Management*, C-561/19, EU:C:2021:291, punti 29 e 30 (con ampi riferimenti).

La distinzione fra le competenze, già ricordata, è importante per meglio definire non solo il compito, ma anche la responsabilità del giudice nazionale. La Corte non ha competenza a pronunciarsi sulla competenza del giudice nazionale a conoscere della causa in cui le questioni sono state poste, o della regolarità del giudizio nazionale, perché si tratta di profili di diritto nazionale³²⁴. La Corte mantiene, invece, una competenza a verificare se le domande sono rilevanti e, quindi, ricevibili. Il giudice nazionale deve insomma definire “l’ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate” e spiegare “almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate” al fine di consentire di “giungere ad un’interpretazione che sia utile per il giudice nazionale”³²⁵. Il principio dell’effetto utile, che è principio generale del diritto UE, assume rilevanza in un contesto in cui si deve realizzare la massima cooperazione fra due giudici. Sul principio dell’effetto utile si può ricordare che si è sempre affermato il dovere del giudice nazionale di disapplicare, anche di propria iniziativa, qualunque disposizione interna, anche di carattere procedurale, che osti al diritto UE (e quindi al suo effetto utile) senza dover attendere l’abrogazione della norma nazionale o la pronuncia di illegittimità costituzionale, essendo quindi legittimato a disattendere un orientamento consolidato della giurisprudenza nazionale³²⁶.

È prerogativa del giudice nazionale, “che è l’unico ad avere conoscenza diretta dei fatti di causa”, l’essere “nella situazione più idonea per valutare, in considerazione degli aspetti specifici della controversia, la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter emettere la sentenza”³²⁷. È, invero, il giudice più vicino o prossimo alla causa, da cui nasce il rinvio. Spetta al giudice nazionale dimostrare la necessità dell’interpretazione: qualora l’interpretazione delle norme UE non avesse “in modo manifesto [...] alcuna relazione con l’effettività o con l’oggetto della causa”, la domanda è irricevibile³²⁸.

Un uso abusivo o improprio del rinvio pregiudiziale si ha in varie ipotesi: a) quando la controversia nazionale sia fittizia o artificiosa³²⁹; b) quando la norma comunitaria sia manifestamente inapplicabile alla fattispecie³³⁰; c) quando le questioni siano meramente ipotetiche³³¹.

La Corte non esprime pareri a seguito di rinvio pregiudiziale: li esprime a seguito di domanda *ad hoc* prevista dall’art. 218, par. 11 TFUE (parere circa la compatibilità di un accordo internazionale con i trattati, richiesto alla Corte da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio, dalla Commissione). L’espressione “parere” nel pregiudiziale è dunque impropria, poiché la Corte pronuncia una sentenza o un’ordinanza con efficacia vincolante e con valore *erga omnes*. Essa vincola non solo il giudice del rinvio, ma poiché si pronuncia (con effetto di giudicato) su punti di diritto, vincola altri giudici, gli Stati, i soggetti in generale³³².

³²⁴ Cfr. 16.9.1999, C-435/97, *World Wildlife Fund*, EU:C:1999:418, punto 32; 7.12.1995, C-472/93, *Spano*, EU:C:1995:421, punto 16.

³²⁵ Cfr. 26.1.1993, C-320/90, C-321/90, C-322/90, *Telemarsicabruzzo*, EU:C:1993:26, punto 6.

³²⁶ Cfr. fra le altre 5.7.2016, C-614/14, *Ognyanov*, EU:C:2016:514, punto 35 (sull’obbligo di “modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un’interpretazione del diritto interno incompatibile con il diritto dell’Unione”), richiamata da 8.11.2016, C-554/14, *Ognyanov*, EU:C:2016:835, punto 67.

³²⁷ Cfr. 16.7.1992, C-83/91, *Meilicke*, EU:C:1992:332, punto 23.

³²⁸ Cfr. 9.10.1997, C-291/96, *Grado e Bashir*, EU:C:1997:479, punto 11.

³²⁹ Cfr. 11.3.1980, 104/79 e 16.12.1981, 244/80 *Foglia c. Novello*, EU:C:1980:73, punti 10-11 e EU:C:1981:302, punto 18; nella seconda sentenza precisa la Corte che il proprio compito non è quello di “esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche, ma di contribuire all’amministrazione della giustizia negli Stati membri”.

³³⁰ Cfr. 19.12.1968, causa 13/68, *Salgoil*, EU:C:1968:54, pagg. 611-612.

³³¹ Cfr. *Meilicke* cit.

³³² Cfr. 16.6.2015, C-62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400, punto 16 sul vincolo per il giudice *a quo* (viene ricordata anche la sentenza *Elchinov* cit., punto 29); nel passato ord. *Wünsche* cit., punto 13 (la sentenza “risolve, con la forza del giudicato, una o più questioni di diritto comunitario e vincola il giudice nazionale per la definizione della lite principale”). Per gli effetti di carattere generale Corte cost., 23.4.1985, n. 11; 18.4.1991, n. 168; 13.7.2007, n. 284.

Il rigetto di una domanda pregiudiziale, nel contesto di quel principio generale che impone una collaborazione fra Corte e giudici nazionali appare dunque limitato a ipotesi particolari, cioè a quelle in cui “*appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario o l'esame della validità di una norma comunitaria*” non abbiano, sotto i profili indicati “*alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto delle controversie della causa principale*”³³³.

6. La facoltà e l'obbligo di rinvio. Le questioni di interpretazione. Il “non rinvio” e l'obbligo di motivazione.

La facoltà ovvero l'obbligo del rinvio, disciplinati nel 2° e 3° comma dell'art. 267 TFUE, dipendono dalla qualificazione del giudice nazionale, a seconda, cioè, che il giudice (da intendersi, come si è detto, nei termini di cui alla giurisprudenza della Corte) sia o non sia di ultima istanza. Se si tratta di giurisdizione “avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno” (3° comma) vi è obbligo di rinvio. In caso contrario (2° comma) vi è semplice facoltà. Un errore del primo giudice, invero, non può essere riparato e quindi è previsto l'obbligo (per ricorso giurisdizionale di diritto interno deve intendersi il rimedio ordinario, non già quello straordinario). Inoltre l'orientamento espresso da tale giudice (si pensi, nel nostro ordinamento, alla Corte di Cassazione, al Consiglio di Stato, alla Corte costituzionale)³³⁴ è dotato di particolare autorevolezza: l'obbligo, afferma la Corte, “*mira più in particolare ad evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie*”³³⁵ e risponde alla necessità di non arrecare pregiudizio alla tutela giurisdizionale dei singoli, altrimenti privati di un mezzo di tutela giudiziaria³³⁶.

L'obbligo non è, tuttavia, inderogabile: la Corte ha introdotto alcuni criteri di flessibilità, di guisa che anche il giudice di ultima istanza “può” (anziché “deve”) rinviare alla Corte quando si tratti di questione di interpretazione (distinguendola da quella di validità in cui, come si dirà, “deve”) che presenti determinate caratteristiche. La giurisprudenza ha così individuato le ipotesi di “facoltà” nell'ambito di un giudizio di ultima istanza, quando si presentano le seguenti ipotesi: a) quando la questione “*sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia stata già decisa in via pregiudiziale*”; b) quando la risposta alla questione risulti “*da una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti in cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere*”; c) quando la norma di diritto UE sia talmente chiara ovvero si imponga “*con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata*”³³⁷.

Nell'ultima ipotesi ricordata, che deriva dalla teoria dell'*acte clair* o dal principio *in claris non fit interpretatio*, il giudice nazionale deve procedere con prudenza, poiché deve verificare (“*maturare il convincimento*”) “*che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia*”. Il giudice deve anche tener conto della possibile diversità delle versioni linguistiche di una norma e fare un “*raffronto*” fra le stesse. E “*nel caso di piena concordanza*”, deve tener conto della non necessaria coincidenza di “*contenuto*” fra le “*nozioni giuridiche*” del diritto UE e dei diritti nazionali; infine, deve tener conto del fatto che “*ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni di tale diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data*”.

³³³ Cfr. 25.4.2002, C-183/00, *González Sanchez*, EU:C:2002:255, punto 16.

³³⁴ Sul rinvio da parte della Corte costituzionale cfr. quanto si è detto nel par. 3.

³³⁵ Cfr. 4.6.2002, C-99/00, *Lyckeskog*, EU:C:2002:329, punto 11.

³³⁶ Cfr. 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513, punto 34.

³³⁷ Cfr. per la prima affermazione 27.3.1963, 28-30/62, *Da Costa*, EU:C:1963:6, pag. 73; per le altre affermazioni, 6.10.1982, 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335, punti 14, 16.

applicazione alla disposizione” in questione³³⁸. Non sono, dunque, di scarso rilievo i compiti assegnati al giudice nazionale, cui è imposto un obbligo con alcune, limitate eccezioni.

L’attenuazione dell’obbligo resta, invero, subordinato a determinate condizioni, dovendo essere temperato il ruolo del giudice nazionale con quello, fondamentale, della Corte. Al giudice nazionale è, d’altra parte, riconosciuta una certa discrezionalità (e flessibilità), sia con riguardo al potere di disporre un rinvio pregiudiziale d’ufficio (indipendentemente, dunque, dalla richiesta delle parti e dal contenuto della richiesta stessa)³³⁹, sia con riguardo al momento in cui effettuare il rinvio. La scelta del momento è d’altra parte coerente con la prossimità del giudice nazionale al caso concreto, nonché alla sua autonomia procedurale.

Afferma la Corte che la scelta del momento “*dipende da considerazioni di economia e di utilità processuali la cui valutazione spetta al giudice*”, anche se può essere vantaggioso, secondo le circostanze, che “*i fatti della causa siano accertati e che i problemi di puro diritto siano risolti al momento del rinvio alla Corte*”³⁴⁰.

L’orientamento sull’obbligo (o non) di rinvio è stato in epoca più recente confermato, con qualche precisazione. La prima riguarda le diverse versioni linguistiche in cui sono redatte le norme di diritto UE. Se la questione di interpretazione riguarda la versione linguistica, il giudice, anche se non è tenuto a effettuare un esame di ciascuna delle versioni delle disposizioni rilevanti, “*deve tenere conto delle divergenze*” delle versioni “*di cui è a conoscenza, segnatamente quando tali divergenze sono esposte dalle parti e sono comprovate*”.

La seconda riguarda l’obbligo di motivazione qualora ricorra una delle ipotesi indicate di “non rinvio” ovvero di esonero dal rinvio. La Corte propone una lettura dell’art. 267 “*alla luce dell’articolo 47, secondo comma, della Carta*” e precisa che “*la motivazione della sua [del giudice] decisione deve fare emergere*” una delle tre cause di esonero. Non sarà sufficiente, dunque, rinviare alla giurisprudenza della Corte, ma dovrà essere specificata la causa di esonero³⁴¹.

In un caso, eccezionale, il giudice deve rivolgersi alla Corte, anche se ricorrono le cause di esonero, solo quando nel procedimento principale gli è consentito di mantenere “*taluni effetti di un atto incompatibile con il diritto dell’Unione europea*”: questa “*facoltà eccezionale*”, tuttavia, “*necessita di una prova circostanziata*”³⁴².

La Corte conferma, dunque, un obbligo generale con deroghe limitate, fornendo comunque indicazioni interpretative su quei requisiti di esonero.

Quando afferma che l’interpretazione corretta del diritto UE si impone “con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi” e che il giudice nazionale “deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì agli altri giudici di ultima istanza degli Stati membri e alla Corte”, così consentendo al giudice nazionale di

³³⁸ Cfr. *CILFIT* cit., punto 20.

³³⁹ Cfr. 16.6.1981, 126/80, *Salonia*, EU:C:1981:136, punto 7; *CILFIT* cit.

³⁴⁰ Cfr. 10.3.1981, cause riunite 36/80 e 71/80, *Irish Creamery*, EU:C:1981:62, punti 6, 8.

³⁴¹ Cfr. *Consorzio Italian Management* cit., punto 51; ordinanza 27.4.2023, C-495/22, *Ministero della giustizia (Concours de notaire)*, EU:C:2023:405, punto 31; ordinanza 27.4.2023, C-482/22, *Associazione Raggio Verde*, EU:C:2022:404, punto 41. Sulla rilevanza, ex art. 6 CEDU, della mancanza di motivazione nella decisione di non rinviare ex art. 267, cfr. la sentenza della Corte EDU 13.2.2020, *Sanofi Pasteur c. Francia*, §§ 68-80; sulla procedura di infrazione contro la Francia, per non avere il *Conseil d’Etat* rinviato alla Corte di giustizia, cfr. la sentenza Corte, 4.10.2018, C-416/17, *Commissione c. Francia*, EU:C:2018:811, punti 105-114 (ivi riferimenti). Sulla necessità della motivazione si vedano i nostri rilievi in *La mancata ratifica del Protocollo n. 16*. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto, in *Giustizia Insieme*, 2021.

³⁴² Cfr. l’ordinanza *Ministero della Giustizia* cit., punti 33-34 che richiama l’ordinanza 15.12.2022, C-144/22, *Società Eredi Raimondo Bufarini Srl*, EU:C:2022:1013, punti 50-51 e la sentenza 28.7.2016, C-379/15, *Association France Nature Environnement*, EU:C:2016:603 (le condizioni per il mantenimento di taluni effetti sono indicate nella sentenza 28.2.2012, C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie e Terre wallonne*, EU:C:2012:103). Cfr. pure, nello stesso senso, l’ordinanza 15.12.2022, C-597/21, *Centro Petroli Roma*, EU:C:2022:1010, punti 54-57; l’ordinanza *Associazione Raggio Verde* cit., punti 42-45; l’ordinanza del 15.12.2022, C-144/22, *Società Eredi Raimondo Bufarini* cit., punto 50; l’ordinanza, 27.04.23, C-495/22 cit., punto 33.

astenersi dal rinvio e di risolvere la questione sotto la propria responsabilità, non impone una prova circostanziata. Il Consiglio di Stato riteneva che la prova di quale sia il convincimento di giudici di altri Paesi sia una *probatio diabolica*: e infatti la Corte, pur ribadendo l'obbligo di rinvio, ritiene che il “*giudice nazionale non è tenuto a dimostrare in maniera circostanziata che gli altri giudici di ultima istanza degli Stati membri e la Corte adotterebbero la medesima interpretazione*”³⁴³. Si tratta, insomma, di un obbligo attenuato, essendo estremamente difficile poter fornire la prova indicata.

7. Le questioni di validità.

Le questioni pregiudiziali di validità sono meno frequenti, ma presentano profili analoghi. Uno è sicuramente diverso, riguardando l'obbligo di rinvio. L'obbligo di rinvio, infatti, è sempre previsto quando si tratti di questione di validità. Non è il Trattato a disporlo, ma la giurisprudenza della Corte, quale che sia il giudice: anche non di ultima istanza, dunque, che solleva la questione, anche d'ufficio³⁴⁴.

Viene così garantita la certezza del diritto che sarebbe invece compromessa se un giudice nazionale (quale che sia) potesse, di volta in volta, dichiarare legittimo, o non, un atto. Solo la Corte può dichiarare la invalidità o illegittimità di un atto. I giudici nazionali possono confermare la validità di un atto (o anche adottare provvedimenti cautelari, come si dirà poco oltre), ritenendo “*infondati i motivi di invalidità adottati dalle parti*” e quindi “*respingerli concludendo per la piena validità dell'atto. Così facendo, infatti, non mettono in causa l'esistenza dell'atto comunitario*”. Non hanno, invece, il potere di dichiararne l'invalidità, perché le competenze ai sensi dell'art. 267 “*hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali*”: esigenza di uniformità che “*è particolarmente imperiosa quando sia in causa la validità di un atto comunitario*”. Non è consentito ammettere “*divergenze fra i giudici degli Stati membri sulla validità degli atti comunitari*”, perché ciò “*potrebbe compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario ed attentare alla fondamentale esigenza della certezza del diritto*”³⁴⁵.

Il rinvio pregiudiziale di validità legittima la Corte ad esercitare un controllo giurisdizionale sugli atti dell'Unione (tutti gli atti, come si è detto, anche non vincolanti): è una forma di controllo indiretto rispetto all'azione di annullamento *ex art. 263 TFUE* che riguarda solo gli atti vincolanti ed è proponibile (in via diretta) dal singolo che è il destinatario formale dell'atto oppure, se l'atto è di portata generale, lo investa direttamente e individualmente³⁴⁶. La sentenza che pronuncia l'invalidità di un atto ha l'effetto della cosa giudicata, formale e sostanziale, non diversamente dalla sentenza di annullamento *ex art. 263 TFUE*, e per quanto abbia come destinatario solo il giudice del rinvio, vincola ogni altro giudice che debba giudicare sullo stesso atto, già giudicato non valido, e l'istituzione (o organo, organismo) che ha emanato l'atto deve prendere i provvedimenti che l'esecuzione

³⁴³ Cfr. *Consorzio Italian Management* cit., punti 39, 40; *Ministero della Giustizia* cit., punto 36; *Associazione Raggio Verde* cit., punti 39-40; *Società Eredi* cit., punti 35, 36, 53; *Centro Petroli Roma* cit., punti 48, 51, 53. Il Consiglio di Stato aveva sollevato anche il problema della questione della responsabilità del giudice che non effettua il rinvio, ma la Corte non ha risposto, ritenendo la questione manifestamente irricevibile *ex art. 53, par. 2* Regol. proc. Corte: cfr. le ordinanze *Ministero* cit., punti 37-43; *Associazione Raggio Verde* cit., punti 47-53.

³⁴⁴ Cfr. 8.3.2012, C-251/11, *Huet*, EU :C :2012 :133, punto 23. Sulla valutazione del giudice, anche a prescindere dalla volontà (favorevole o contraria) espressa dalle parti, 18.7.2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, EU:C:2013:489, punto 36; 12.2.2008, C-2/06, *Kempter*, EU:C:2008:78, punti 40, 41.

³⁴⁵ Cfr. in questi termini 22.10.1987, 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452, punti 14-16; 18.7.2007, C-119/05, *Lucchini*, EU:C:2007:434, punti 49, 53.

³⁴⁶ Cfr. 25.7.2002, C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores*, EU :C :2002 :462, punto 45.

della sentenza comporta, l'ipotesi di atti annullati (art. 263) essendo analoga a quella di atti dichiarati non validi³⁴⁷.

8. La tutela cautelare.

La tutela dei diritti delle parti, qualora il giudice sospetti l'invalidità di un atto e decida di sospendere il giudizio, rinviando alla Corte, può adottare misure cautelari, sussistendo l'urgenza e il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile.

Il giudice nazionale che dubiti della validità della norma di diritto UE può, in attesa della pronuncia della Corte, sospendere l'esecuzione del provvedimento amministrativo fondato su detta norma. Il diritto dei singoli *"di ottenere una misura di sospensione che consenta di paralizzare nei loro confronti gli effetti del regolamento impugnato"* sarebbe altrimenti pregiudicato ovvero *"compromesso"*³⁴⁸, poiché deve essere garantita quella tutela cautelare che la Corte ha riconosciuto anche nei casi in cui viene messa in dubbio la compatibilità con il diritto UE di una legge nazionale e venga sollevata una questione pregiudiziale di interpretazione.

Afferma la Corte con riferimento al sistema istituito dall'art. 267, che *"l'effetto utile"* della norma *"sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte"*³⁴⁹. La Corte ha infatti riconosciuto la legittimazione del giudice a sospendere l'applicazione di una legge nazionale controversa fino al momento in cui, appunto, verrà pronunciata la sentenza pregiudiziale. In tal modo l'applicabilità del diritto UE non viene compromessa o pregiudicata e gli effetti vengono semplicemente rinviati, confermando, ancora una volta, la necessaria cooperazione fra giudici e l'ossequio, per così dire, del diritto nazionale al diritto UE in virtù del noto principio del primato.

Il giudice nazionale verifica non solo la sussistenza dell'urgenza e del rischio di danno grave e irreparabile qualora l'atto di diritto UE non sia sospeso, ma anche la sussistenza di un interesse dell'Unione. Si deve, infatti, tener conto del rischio finanziario che la sospensione comporterebbe per l'Unione: al giudice nazionale è riconosciuto il potere di imporre garanzie, come una cauzione o un sequestro conservativo.

Gli stessi presupposti prima ricordati sono indicati dalla Corte nel caso in cui venga richiesta non già la sospensione, ma l'emissione di provvedimenti provvisori. La tutela cautelare consiste, in tal caso, nella *"concessione di un provvedimento positivo che renda provvisoriamente inapplicabile"* l'atto in questione: la *ratio* della sospensione o del provvedimento cautelare è la medesima.

Afferma la Corte che la tutela cautelare *"non può variare a seconda che [i singoli] chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi"*³⁵⁰.

Anche dall'esame della tutela cautelare emerge quanto sia importante nel sistema giurisdizionale dell'Unione assicurare la tutela più ampia, e migliore, ai diritti del singolo.

³⁴⁷ Cfr. 13.5.1981, 66/80, ICC, EU:C:1981:102, punto 13; sugli effetti *erga omnes* delle sentenze pregiudiziali si veda quanto si è detto prima, par. 5. Sull'analogia di effetti rispetto al giudizio di annullamento cfr. *Foto-Frost* cit., punto 16.

³⁴⁸ Cfr. 21.2.1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, EU:C:1991:65, punto 17.

³⁴⁹ Cfr. 16.9.1990, C-213/89 *Factortame*, EU:C:1990:257, punto 22.

³⁵⁰ Cfr. 9.11.1995, causa C-465/93, *Atlanta*, EU:C:1995:369, punto 28.

9. Gli effetti delle sentenze: a) l'ambito soggettivo e gli effetti erga omnes; b) gli effetti nel tempo e la tutela dei diritti del singolo; c) gli effetti nei confronti di decisioni nazionali contrastanti.

Le sentenze rese in via pregiudiziale sono vincolanti, in primo luogo, per il giudice che ha posto la questione. Qualora ne ritenga la necessità, permanendo ancora dei dubbi interpretativi, come si è già detto, il giudice nazionale può porre una nuova questione³⁵¹.

La Corte si limita a interpretare il diritto dell'Unione: non ha la competenza ad interpretare quello nazionale. Lo può fare solo indirettamente, qualora una norma nazionale rinvii a una norma di diritto UE per determinare il proprio contenuto o, addirittura, ne riproduce il contenuto stesso³⁵².

a) Sull'ambito soggettivo di applicabilità si osserva che la sentenza assume un valore generale ed esplica i suoi effetti anche al di fuori del caso concreto, poiché (come prima si è ricordato) si pronuncia su punti di diritto, con efficacia di giudicato³⁵³. L'efficacia è dunque, come si è detto, *erga omnes* e, giudicando su una questione di validità di un atto di un'istituzione, osserva la Corte che sebbene la propria sentenza "*abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte, costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione ch'esso debba emettere*"³⁵⁴.

Se il giudice nazionale ne ritiene la necessità, dopo una sentenza pregiudiziale sulla validità può sollevare, non diversamente da quando esamina una questione di interpretazione, una nuova questione di validità: per esempio sulle conseguenze dell'invalidità dichiarata o quando la questione riguarda non già lo stesso atto, ma un atto analogo³⁵⁵. Potrebbe tuttavia risultare superflua con la conseguenza che la causa si risolverebbe con un'ordinanza di irricevibilità da parte della Corte. L'invalidità dichiarata ha sempre, quale conseguenza (come già si è ricordato) l'obbligo per le istituzioni di revocare o modificare l'atto dichiarato invalido³⁵⁶.

Il giudizio (pregiudiziale) di validità viene spesso assimilato a quello di annullamento. Vi è certamente una connessione fra rinvio di validità e ricorso di annullamento: il singolo, infatti, riesce, indirettamente, a far giudicare quegli atti che, non riguardandolo direttamente e individualmente (regolamenti, direttive), non possono essere impugnati ai sensi dell'art. 263, 4° comma TFUE. Con un limite, tuttavia, perché considerate le esigenze della certezza del diritto, non può essere sottoposto a rinvio l'esame di un atto che il singolo avrebbe potuto impugnare nel termine di decadenza di due mesi (art. 263, 4° comma TFUE). Il rinvio, che non può essere disposto neppure d'ufficio, "equivarrebbe" altrimenti al riconoscimento (per il singolo) della "*possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza del termine di ricorso*"³⁵⁷.

b) Per quanto riguarda l'efficacia nel tempo, la sentenza pregiudiziale ha valore retroattivo o *ex tunc*. La sentenza indica dunque, con efficacia vincolante, come la norma avrebbe dovuto essere intesa e applicata fin dal momento della sua entrata in vigore. L'effetto si estende ai rapporti sorti anteriormente alla sentenza, purché non siano esauriti oppure perché si tratta di rapporti ancora sottoponibili a giudizio.

Precisa la Corte che la norma oggetto di interpretazione "*può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti o costituiti prima della sentenza interpretativa se, per il resto, sono*

³⁵¹ Cfr. i riferimenti nella precedente nota 16.

³⁵² Cfr. 18.10.1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*, EU:C:1990:360, punto 41. Sulla separazione di competenze fra giudice dell'Unione e giudice nazionale si vedano i riferimenti nella precedente nota 8.

³⁵³ Cfr. l'ordinanza *Wünsche* cit., punto 13 e i riferimenti nella precedente nota 16.

³⁵⁴ Cfr. 5.7.1977, cause riunite 114/76, 116/76 e 119-120/76, *Behla Mühle*, EU:C:1977:116; 13.5.1981, 66/80, *ICC* cit.; cfr. pure i riferimenti nella precedente nota 26.

³⁵⁵ Cfr. sentenze *ICC* cit.; 6.12.2005, C-461/03, *Schul*, EU:C:2005:742, punto 20.

³⁵⁶ Cfr. sentenza *ICC* cit., punti 13-15 e i riferimenti nella nota 41.

³⁵⁷ Sentenze 9.3.1994, C-188/92, *TWD*, EU:C:1994:90, punti 13, 17-20; *Lucchini* cit., punti 54-55.

soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma"³⁵⁸.

In analogia a quanto previsto dall'art. 264 TFUE in caso di annullamento di un atto (dichiarato "nullo e non avvenuto"), la Corte può tuttavia limitare nel tempo l'efficacia delle sentenze (efficacia *ex nunc*), tenendo conto, precisamente, di varie esigenze: di certezza del diritto; di tutela dell'affidamento; della necessità di aver riguardo ai rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una normativa nazionale fino ad un certo momento ritenuta valida, ma anche dell'incertezza determinata da norme di diritto UE e dalla loro interpretazione³⁵⁹.

Una sentenza interpretativa *ex nunc* non può, tuttavia, pregiudicare i singoli che "abbiano avviato azione giudiziaria ovvero proposto domanda equivalente, poiché, diversamente ragionando, verrebbe indebitamente compromessa la tutela giurisdizionale" riconosciuta agli stessi³⁶⁰. Gli stessi criteri valgono, a maggior ragione, considerato il parallelismo ricordato fra sentenze interpretative e di validità nel caso in cui sia pronunciata l'invalidità di un atto (*ex nunc*), poiché il singolo che nell'ordinamento nazionale abbia esperito un'azione giudiziaria o proposto un reclamo equivalente (come si è detto) non può essere privato di una tutela giurisdizionale effettiva, e quindi, i suoi diritti devono essere fatti salvi³⁶¹.

c) L'efficacia delle sentenze della Corte si manifesta anche nei confronti di decisioni nazionali contrastanti.

Una decisione amministrativa nazionale divenuta definitiva a seguito di ricorso giurisdizionale (e, quindi, esauriti i mezzi di ricorso interno) può essere revocata se la revoca è consentita, in linea generale, nell'ordinamento nazionale, la decisione essendo in contrasto con la successiva sentenza della Corte e, pur essendo consentito al giudice nazionale di porre la questione pregiudiziale, questi non l'aveva posta e aveva interpretato in modo errato il diritto comunitario³⁶². Il giudicato nazionale in contrasto con una decisione della Corte può dunque "cedere" di fronte al diritto UE se il principio della tutela giurisdizionale offerta dal diritto UE, per quanto riguarda il suo godimento effettivo, subisce pregiudizio³⁶³.

10. Il procedimento accelerato e il procedimento pregiudiziale di urgenza.

Esigenze di celerità di svolgimento del procedimento consentono al giudice nazionale di formulare una domanda alla Corte di trattazione con procedimento accelerato (art. 23 *bis* Statuto e art. 105 Regol. proc. Corte) o con procedimento d'urgenza (art. 23 *bis* Statuto e art. 107 Regol. proc. Corte). Il primo riguarda sia i ricorsi diretti alla Corte, sia i rinvii pregiudiziali; il secondo soltanto i pregiudiziali, ma entrambi, rappresentando un'alternativa speciale al procedimento ordinario, vanno espressamente richiesti dal giudice del rinvio

³⁵⁸ Cfr. *Denkavit* cit., punto 16.

³⁵⁹ Cfr. 26.4.1994, C-228/92, *Roquette Frères*, EU:C:1994:168, punto 19; in precedenza 15.1.1986, 41/84, *Pinna*, EU:C:1986:1, punto 29.

³⁶⁰ Cfr. 4.5.1999, C-262/96, *Sürül*, EU :C :1999 :228, punti 107-108.

³⁶¹ Cfr. *Roquette Frères* cit., punti 20-21 e 28-29, ove si sottolinea la necessità di assicurare tale tutela in caso di violazione del diritto UE da parte delle istituzioni e di assicurare la certezza del diritto.

³⁶² Cfr. 13.1.2005, C-453/00, *Kühne e Heitz*, EU:C:2004:17, punti 26-28; *Kempter* cit., punto 39.

³⁶³ Cfr., con particolare riguardo alla tutela del consumatore in presenza di clausole abusive contenute in contratti di mutuo ipotecario, finanziamento, fideiussione, leasing (pur riconoscendo l'autonomia procedurale degli Stati membri), le quattro sentenze del 17.5.2022, C-869/19, *Unicaja Banco*, EU:C:2022:397; C-600/19, *Ibercaja Banco*, EU:C:2022:394; C-725/19, *Impuls Leasing România*, EU:C:2022:396; cause riunite C-693/19, *SPV Project 1503* e C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza e a.*, EU:C:2022:395 (sull'autorità di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto e il contrasto con la tutela giurisdizionale effettiva; sul tema Cass. S.U. 6.4.2023, n. 9479). Il superamento dell'art. 2909 c.c. vi può essere anche nell'ambito della materia degli aiuti di Stato, per la peculiarità del settore stesso ove è la Commissione ad avere una competenza esclusiva (cfr. 18.7.2007, C-119/05, *Lucchini*, EU:C:2007:434, punti 62-63; 10.6.2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*, EU:C:2014:2067, punto 61; 04.03.2020, C-586/18P, *Buonotourist*, EU:C:2020:152, punti 93-95) e in alcuni casi (eccezionali) di mancato rispetto dei principi di equivalenza e di effettività (3.9.2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, EU:C:2009:506, punto 24).

motivando, con domanda separata rispetto a quella del rinvio, le ragioni di urgenza, e possibilmente, va spiegato (“sinteticamente”) il punto di vista del giudice sulle questioni poste³⁶⁴.

Il procedimento d’urgenza si applica soltanto nella materia disciplinata dal titolo V, parte terza del TFUE, e quindi in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia; può essere disposto non solo su richiesta del giudice nazionale, ma anche d’ufficio da parte del Presidente della Corte (nel procedimento d’urgenza quando, art. 107, par. 3, il ricorso “sembri imporsi *prima facie*”). Nell’accelerato il presidente, sentito il giudice relatore e l’avvocato generale, fissa la data dell’udienza; nel procedimento d’urgenza la decisione è adottata da una sezione designata a tale titolo (art. 108 Regol. proc. Corte). I casi di rapida trattazione o trattazione urgente non sono espressamente indicati dal Trattato o dal Regolamento di procedura, salvo per il caso in cui (art. 267, 4°co. TFUE) la questione pregiudiziale riguardi una persona detenuta. Nel documento “Raccomandazioni ai giudici nazionali” sono indicate alcune ipotesi per l’accelerato (“rischi elevati e imminenti per la salute pubblica o l’ambiente, che una rapida decisione della Corte può contribuire a prevenire, o quando circostanze particolari impongano di rimuovere in tempi brevissimi incertezze riguardanti questioni fondamentali di diritto costituzionale nazionale e di diritto dell’Unione”) e altre ipotesi per l’urgente, diverse dal caso prima ricordato della persona detenuta o privata della libertà (“qualora la risposta data alla questione sollevata sia determinante per valutare la posizione giuridica di tale persona”). Rilevano a tal fine le controversie relative alla potestà dei genitori o alla custodia dei figli nella prima infanzia, quando, in particolare, l’esito della controversia di cui al procedimento principale dipenda dalla risposta data alla questione pregiudiziale e il ricorso al procedimento ordinario possa danneggiare seriamente, se non addirittura irrimediabilmente, il rapporto fra il minore e i (o uno dei) suoi genitori o il suo sviluppo nonché il suo inserimento nel suo ambiente familiare e sociale³⁶⁵. Considerato che, in casi di estrema urgenza, la fase scritta del procedimento avanti alla Corte può essere omessa (l’avvocato generale non presenta conclusioni ma viene solo sentito), si precisa che le ragioni dell’urgenza non dipendono da valutazioni di carattere economico o dalla pendenza di altri procedimenti -analoghi- o che possono interessare una pluralità di persone³⁶⁶. Celerità e diritti del singolo debbono, comunque, essere “bilanciati”: se così non fosse, il principio fondamentale di effettività che contraddistingue il processo avanti alla Corte verrebbe compromesso, specie quando i diritti in gioco sono quelli della libertà personale del singolo o i diritti del minore e, quindi, diritti fondamentali della persona.

11. Le più recenti competenze pregiudiziali riconosciute alla Corte di giustizia.

a) Il regolamento istitutivo della Procura europea («EPPO»)³⁶⁷ prevede un controllo giurisdizionale da parte dei giudici nazionali sugli atti procedurali destinati a produrre effetti

³⁶⁴ Cfr. in questi termini le “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”, in *GUUE* C 380 dell’8.11.2019, par. 37 e, con riferimento al procedimento d’urgenza, cfr. l’art. 107, par. 2, secondo cui “Il giudice del rinvio espone le circostanze di diritto e di fatto che comprovano l’urgenza e giustificano l’applicazione di tale procedimento derogatorio e indica, per quanto possibile, la risposta che esso propone alle questioni pregiudiziali”. Le “Raccomandazioni” sono riprodotte nell’allegato I.

³⁶⁵ Cfr. le “Raccomandazioni” cit., par. 36.

³⁶⁶ Cfr. le “Raccomandazioni” cit., par. 36.

⁶⁰ Cfr. le “Raccomandazioni” cit., par. 36. Motivi analoghi di non concessione di procedura *ad hoc* (accelerata) sono previsti ivi, par. 35. Sull’eccezionalità del procedimento accelerato cfr. recentemente 6.6.2023, C-700/21, *O.G.*, EU:C:2023:444, punti 27-28.

³⁶⁷ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12.10.2017 “relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea («EPPO»)", in *GUUE* L 283 del 31.10.2017. Per alcuni rilievi sulla competenza pregiudiziale cfr. la *Relazione su attività normativa* della Corte suprema di

giuridici nei confronti dei terzi e riconosce alla Corte una competenza pregiudiziale sulla validità degli atti procedurali (art. 42, par. 2 lett. *a*, questione sollevata avanti a un giudice nazionale); sull'interpretazione o validità di disposizioni di diritto dell'Unione (art. 42, par. 2 lett. *b* ; indicazione invero ripetitiva di quanto previsto dall'art. 267 TFUE); sull'interpretazione delle norme del regolamento che riguardano eventuali conflitti di competenza fra l'EPPO e le autorità nazionali (art. 42, par. 2 lett. *c*).

b) L'accordo che ha istituito il Tribunale unificato dei brevetti³⁶⁸ prevede che il Tribunale nella sua composizione in divisioni locali e divisione centrale (suddivisa in sezioni), che decidono in primo grado (tribunale di primo grado), e la corte d'appello, che decide in sede di impugnazione, sia legittimato a porre questioni pregiudiziali. Il Tribunale è organo giurisdizionale comune agli Stati membri ed è equiparato, sotto questo profilo, al giudice nazionale e, nel pieno rispetto del diritto UE (che è obbligato ad osservare, il suo primato essendo espressamente riconosciuto, *ex art.* 20) può o deve (se la competenza è della corte d'appello) rinviare alla Corte di giustizia. Così dispone espressamente l'art. 21 dell'accordo, precisando che si tratta di un "tribunale comune agli Stati membri contraenti e parte del loro ordinamento giudiziario". Il Tribunale "coopera con la Corte di giustizia" (le cui decisioni "sono vincolanti", art. 21) al fine di "garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, come per ogni tribunale nazionale" cui, appunto, è equiparato. La cooperazione fra giudice nazionale e Corte viene, anche in questa più recente ipotesi di rinvio pregiudiziale, confermata³⁶⁹.

Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Servizio penale, p. 28 (ove si sottolinea, quanto al controllo giurisdizionale, che, *ex art.* 42, par. 3, la decisione di archiviazione di un caso non è condivisa fra giudice nazionale e Corte di giustizia, ma è di competenza esclusiva di quest'ultima). Un primo caso di rinvio pregiudiziale è del giudice austriaco, C-281/22, *G.K. e altri (Parquet européen)*, conclusioni dell'avvocato generale Ćapeta, del 22.6.2023, in EU:C:2023:510.

³⁶⁸ Accordo su un Tribunale unificato dei brevetti del 19.2.2013, in vigore dal 1.6.2023 fra venticinque Stati membri; cfr. *GUUE* C 175 del 20.6.2013. Per alcuni rilievi, B. NASCIBENE, *Il ruolo della Corte di giustizia nel nuovo sistema creato dall'accordo su un Tribunale unificato dei brevetti*, in *AISDUE*, 2023.

³⁶⁹ Figure diverse di "rinvio pregiudiziale" (così definiti e comunque rilevanti solo nel diritto interno), sono state introdotte dalla c.d. riforma Cartabia (legge delega, in materia penale, 27.9.2022, n. 134 e d.lgs. 10.10.2022, n. 150; in materia civile, legge delega 26.11.2021, n. 206 e d.lgs. 10.10.2022, n. 149): precisamente con l'art. 24 *bis* cod. proc. pen. sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione per la decisione sulla competenza per territorio e con l'art. 363 *bis* cod. proc. civ. sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione su una questione di diritto "necessaria alla definizione anche parziale del giudizio, su cui la Corte non si sia pronunciata, per la quale sussistano gravi difficoltà interpretative e che sia suscettiva di riproporsi in numerosi giudizi". Un diverso rinvio, talora definito pregiudiziale speciale o convenzionale, è previsto dal Protocollo n. 16 alla CEDU, che può essere, tuttavia, proposto alla Corte EDU soltanto dalle "Alte giurisdizioni" di una parte contraente (il nostro Paese è una delle parti contraenti, ma non ha ancora ratificato il Protocollo) al fine di ottenere un parere consultivo, non vincolante quindi, su questioni di principio relative all'applicazione o all'interpretazione dei diritti e delle libertà definiti dalla CEDU.

Parametri tratti dalle Carte sovranazionali e diritti fondamentali emergenti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Parametri tratti dalla CEDU. – 2.1. L'art. 8 CEDU. – 2.2. L'art. 14 CEDU. – 2.3. L'art. 1 Prot. n. 1 – 3. Parametri tratti dalla famiglia allargata del Consiglio d'Europa. – 4. Parametri provenienti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Il crescente utilizzo da parte della Costituzionale, nei tempi recenti, di parametri tratti da documenti di matrice internazionale e sovranazionale³⁷⁰ l'ha esposta, parallelamente all'evoluzione del sentire sociale, a stimoli legati ad un'evoluzione aperta a nuovi diritti e nuove concezioni. Al medesimo tempo, l'ingresso di questi nuovi elementi nella tavola dei diritti e dei valori di cui il Giudice delle leggi è custode ha introdotto elementi di complessità talora inediti nel processo costituzionale e ha aperto nuove questioni legate, tra l'altro, alle necessità di operare bilanciamenti e assicurare coerenza sistematica. La Corte costituzionale è peraltro stata stimolata ad entrare in contatto con le logiche proprie degli ordinamenti di provenienza dei parametri in questione, e ad utilizzare i relativi linguaggi.

Nell'introdurre le brevi riflessioni che seguono, corre l'obbligo di precisare che non è agevole rinvenire una definizione soddisfacente di «diritti emergenti» e non ci si impegnerà, in questo breve scritto, in una sua ricerca. Al limitato fine di questa presentazione, si illustreranno semplicemente le pronunce riguardanti quei diritti che, nella sensibilità sociale attuale, appaiono come connotati da innovatività. Inevitabilmente in queste scelte si sconta la parzialità e potenziale arbitrarietà delle valutazioni sottostanti.

La rassegna delle decisioni che segue non ha inoltre pretesa di esaustività, ma è orientata a mettere in evidenza i casi più significativi, ovvero più interessanti in relazione alla tecnica ricostruttiva e decisoria utilizzata dalla Consulta secondo il giudizio, senz'altro anche questo parziale e opinabile, dell'autore.

2. Parametri tratti dalla CEDU.

Quanto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), si evidenziano, nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale, soprattutto tre filoni, che si sono sviluppati attorno ad altrettanti parametri provenienti dalla detta Convenzione. Si tratta in particolare degli articoli 8, sul rispetto della vita privata e familiare, 14 sul divieto di discriminazione, che è necessariamente invocato

* La presente relazione è aggiornata alla data 29 Maggio 2023

³⁷⁰ L'aggettivo sovranazionale, utilizzato anche nel titolo di questo scritto, si attaglia in realtà alla sola Carta dei diritti fondamentali dell'UE: se anch'essa – come tutti gli altri strumenti a cui si farà riferimento – trova il fondamento della sua vincolatività in un trattato internazionale, è tuttavia la sola ad essere parte di un ordinamento con caratteristiche del tutto peculiari, come quello dell'UE, che gode nella stessa giurisprudenza costituzionale di una considerazione a parte rispetto alle altre fonti internazionali.

insieme ad altre disposizioni della Convenzione talvolta appartenenti agli altri due filoni, e 1 del Prot. n. 1, sulla tutela della proprietà privata.

2.1. L'art. 8 CEDU.

Il parametro del rispetto della vita privata e familiare emergente dall'art. 8 CEDU è stato particolarmente valorizzato dalla Consulta in relazione a due diversi nodi problematici, riguardanti rispettivamente la trasmissione (anche) del cognome materno e la maternità surrogata.

Quanto al primo, la sent. n. 131/2022, com'è noto, ha dichiarato incostituzionali gli articoli 262, primo comma, 299, terzo comma c.c. e 27, comma 1, della l. 184 del 1983 nella parte in cui non prevedono l'assunzione da parte del figlio di entrambi i cognomi dei genitori nell'ordine da essi concordato o, sempre sulla base dell'accordo tra madre e padre, l'assunzione di uno solo dei due cognomi. I Giudici costituzionali hanno valorizzato l'art. 8 CEDU in connessione col già ricordato art. 14 della stessa Convenzione e hanno altresì richiamato la giurisprudenza rilevante della Corte di Strasburgo. È stato richiamato un caso riguardante la Spagna, ove, com'è noto, per tradizione venivano trasmessi entrambi i cognomi dando precedenza a quello paterno: il rilievo della Corte dei diritti umani della natura discriminatoria di tale precedenza ha aiutato la Corte costituzionale a giungere direttamente ad una soluzione di effettiva e piena parità, in cui anche l'ordine tra i due cognomi non è dato, ma deve essere sempre stabilito con accordo tra i genitori (in mancanza del quale la Corte ha suggerito al legislatore di rendere possibile l'intervento del giudice, come nel caso di disaccordo sulla scelta del nome). La pronuncia in questione non si è peraltro limitata al richiamo delle ricordate norme CEDU, ma ha chiamato in causa anche la Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979 e alcune raccomandazioni del Consiglio d'Europa (n. 37 del 1978, n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998).

Veniamo quindi al tema della maternità surrogata. In riferimento a tale spinosa questione, la sent. n. 272/2017 in materia di ricerca della verità sullo status di figlio ha stabilito che «se (...) non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore». La Consulta è quindi giunta ad affidare al giudice una delicata opera di bilanciamento, ma – ciò che qui più rileva – è l'ampio e articolato insieme di fonti internazionali a cui essa si è rifatta per la ricostruzione della necessaria valutazione dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguardano: Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed infine articoli 8 e 14 della CEDU.

Il legame tra figli nati da maternità surrogata e genitori d'intenzione è stato riconosciuto meritevole di tutela – malgrado il divieto della pratica della surrogazione in Italia, ricordato anche nella sent. n. 272/2017 – nella sentenza n. 33/2021. In tale importante pronuncia, la Corte costituzionale ha preso atto dell'impossibilità della trascrizione in Italia dell'atto

straniero di stato civile, ribadendo tuttavia che debba operarsi un bilanciamento tra gli interessi in gioco, volto a garantire in altro modo la tutela dell'interesse del minore a mantenere il testé richiamato legame col genitore d'intenzione. La Corte costituzionale si è rifatta ampiamente alla giurisprudenza CEDU, che ammette la possibilità che gli Stati vietino la pratica della maternità surrogata, ritenendoli tuttavia obbligati a garantire legalmente un *lien* tra il minore e la famiglia o la comunità d'affetti (laddove la coppia non sia sposata) in cui questi si trovi accolto. La Corte costituzionale ha avuto cura di focalizzare il proprio ragionamento sui diritti del minore, escludendo esplicitamente dall'orizzonte un «preteso “diritto alla genitorialità”»: in tal modo, si sposta l'attenzione e l'emergere della necessità di garanzie giuridiche dal momento della gestazione (svolta all'estero ed in forme che nella fattispecie non sarebbero state consentite in Italia) a quello in cui il minore è divenuto ormai soggetto, quindi meritevole di tutte le attenzioni e tutele anche in riferimento al contesto di fatto che attorno a lui si è venuto a creare. Dal punto di vista dell'utilizzo dei parametri CEDU, va notato che nella sent. n. 33 si discuteva di principi che erano stati fissati dalla Corte di Strasburgo in un parere consultivo reso ai sensi del Protocollo n. 16, com'è noto non ratificato dall'Italia (parere del 10 aprile 2019, reso su richiesta della Corte di Cassazione francese). La Consulta ha respinto l'eccezione dell'irrelevanza di tale parere in quanto esso «è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia; decisione 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia)»³⁷¹, tuttavia appare ancora più significativa l'osservazione, contenuta nelle righe immediatamente precedenti, secondo cui l'ordinanza di rimessione, pur citando il parere, richiama «correttamente» l'art. 8 CEDU, su cui le osservazioni formulate nella stessa ordinanza sono fondate. Sembrerebbe che tale osservazione possa ad es. consentire di considerare in futuro delle argomentazioni, magari contenute in un parere e magari non ancora trasfuse in pronunce a carattere vincolante, in quanto, e soprattutto, fondate sulle disposizioni della CEDU.

Considerazioni analoghe sono state svolte nella sent. n. 32/2021 su un caso di procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero. Anche qui infatti è stato valorizzato il legame col genitore d'intenzione e la necessità che questo possa avere un qualche riconoscimento a beneficio del minore³⁷².

La sent. n. 79/2022 ha poi dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 55 della l. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., che siano stabiliti rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante. L'adozione in casi particolari è infatti lo strumento a cui si può ricorrere, nell'ambito dell'ordinamento italiano, per garantire al minore generato grazie a surrogazione di maternità all'estero l'inserimento in una rete familiare. Orbene, il fatto che non si potessero stabilire siffatti legami con i parenti dell'adottante risultava incompatibile con la ricostruzione delle garanzie a favore dei minori in questione, come dettate dagli imperativi convenzionali e costituzionali. Nel ricostruire gli obblighi internazionali che impongono di tutelare il «primario interesse del minore», la pronuncia effettua un'ampia ricognizione³⁷³. Tuttavia, va notato che in essa si preferisce anteporre l'analisi del contrasto della citata disposizione della l. 184 del 1983 con i rilevanti parametri costituzionali interni – ossia gli articoli 3 e 31, secondo

³⁷¹ Sent. n. 33/2021, considerato in diritto, § 3.1.

³⁷² Per i richiami alla giurisprudenza CEDU e al già citato parere del 10 aprile 2019, v. sent. n. 32/2021, considerato in diritto § 2.4.1.2.

³⁷³ Cfr. sent. n. 79/2022, considerato in diritto, § 5.2.3.

comma, Cost. –³⁷⁴, per passare solo successivamente a rilevare il contrasto anche con l'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁷⁵.

2.2. L'art. 14 CEDU.

L'utilizzo dell'art. 14 CEDU, che si è già avuto occasione di richiamare, ha dato occasione alla Corte costituzionale di proiettarsi verso interessanti sviluppi. Si allude in particolare alle sentenze n. 19/2022 e 34/2022, rispettivamente in tema di reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. La Consulta ha considerato non sussistente il contrasto con l'art. 14 CEDU, ma è qui utile richiamare un passaggio della motivazione, in cui viene rigettata l'eccezione fondata sulla genericità dei rilievi. Il problema era costituito dal fatto che nessun parametro ulteriore veniva associato all'art. 14, com'è invece necessario³⁷⁶. A tal proposito, la Corte costituzionale ha osservato che «[i]l rimettente non indica espressamente la disposizione della CEDU cui l'art. 14 si collega nel caso di specie, ma – richiamando la sentenza n. 187 del 2010 di questa Corte, che ha accolto una questione sollevata, in riferimento all'art. 117 primo comma, in relazione all'art. 14 CEDU e all'art. 1 Prot. addiz. CEDU (...) – implicitamente invoca l'art. 1 del Protocollo addizionale, riguardante la protezione della proprietà»³⁷⁷. Anche nella sent. n. 34/2022 si è analogamente considerato invocato lo stesso *parametro complesso* CEDU che era stato utilizzato in due pronunce della Consulta citate nell'ordinanza del giudice rimettente – ossia le sentenze n. 187/2010 e n. 40/2013 – costituito anche in questo caso dall'art. 14 CEDU e dall'art. 1 Prot. n. 1³⁷⁸. Vale la pena di osservare che, in entrambe le occasioni, è stata invece accolta l'eccezione con riguardo ad alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali: al di là di un generico richiamo, infatti, non era stato indicato se nella fattispecie risultassero applicabili tali norme sulla base dell'art. 51 della stessa Carta, ossia se si ricadesse nell'ambito di attuazione del diritto dell'UE³⁷⁹.

2.3. L'art. 1 Prot. n. 1.

È stato poco sopra evocato l'art. 1 del Prot. n. 1 sulla tutela della proprietà. Tale parametro è stato utilizzato dalla Corte costituzionale anche nella recente sent. n. 8/2023 in materia di irripetibilità dell'indebito previdenziale. La Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. Per la giurisprudenza CEDU, è necessaria una tutela del legittimo affidamento e la considerazione delle condizioni economiche e personali dell'obbligato. La Corte costituzionale ha effettuato una ricognizione della giurisprudenza di

³⁷⁴ Sent. n. 79/2022, considerato in diritto, §§ 6-8.

³⁷⁵ Sent. n. 79/2022, considerato in diritto, § 9.

³⁷⁶ Per un caso in cui la Corte costituzionale ha ritenuto integrato il parametro dell'art. 117, primo comma dal solo art. 14 CEDU – anche se in realtà inserito in una più ampia ricostruzione del divieto di discriminazioni –, v. sent. n. 50/2019, considerato in diritto, § 11.

³⁷⁷ Sent. n. 19/2022, considerato in diritto, § 5.1 (cfr. anche il § 2.4).

³⁷⁸ Sent. n. 34/2022, considerato in diritto §§ 3.4 e 5.1

³⁷⁹ Anche nella sentenza n. 131/2022, sulla trasmissione del cognome (anche) materno (v. *supra*, § 2.1), si apprende che il rimettente aveva invocato dei parametri, oltre che CEDU, anche della Carta dei diritti fondamentali (in particolare gli articoli 7 e 21). In quell'occasione, la Corte costituzionale, una volta stabilito il contrasto delle norme censurate con gli articoli 2, 3 e 117, primo comma Cost. (quest'ultimo come integrato dagli articoli 8 e 14 CEDU), ha preferito considerare assorbite le ulteriori censure sollevate dal rimettente, il Tribunale di Bolzano, senza analizzare l'eventuale problema dell'applicabilità della Carta alla fattispecie. Da quanto si apprende dalla sentenza della Consulta, tuttavia, non sembrano potersi rintracciare elementi che consentano di affermare che nella fattispecie la Repubblica italiana stesse attuando il diritto dell'UE ai sensi dell'art. 51 della Carta, con conseguente applicabilità di questa.

Strasburgo dalla quale emerge che gli elementi costitutivi sono i seguenti: «l'erogazione di una prestazione a seguito di una domanda presentata dal beneficiario che agisca in buona fede o su spontanea iniziativa delle autorità; la provenienza dell'attribuzione da parte di un ente pubblico, sulla base di una decisione adottata all'esito di un procedimento, fondato su una disposizione di legge, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione sia percepita dal beneficiario come fonte della prestazione, individuabile anche nel suo importo; la mancanza di una attribuzione manifestamente priva di titolo o basata su semplici errori materiali; un'erogazione effettuata in relazione a una attività lavorativa ordinaria e non a una prestazione isolata o occasionale, per un periodo sufficientemente lungo da far nascere la ragionevole convinzione circa il carattere stabile e definitivo della medesima; la mancata previsione di una clausola di riserva di ripetizione»³⁸⁰. Sussistendo il legittimo affidamento, la Corte di Strasburgo non nega in modo assoluto che si possa procedere alla ripetizione dell'indebito, ma esige che questa avvenga in conformità al canone di proporzionalità e secondo modalità tali da non addossare all'obbligato un onere che questi, date le sue condizioni soggettive, non può sopportare. A parere dei Giudici costituzionali, è possibile rispettare i canoni emergenti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul piano interpretativo e ricostruttivo, utilizzando gli strumenti esistenti nel nostro diritto civile e senza necessità di una declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 2033 c.c. La Consulta ha proposto una ricostruzione assai complessa, non qui sintetizzabile. Vale tuttavia riportare qui di seguito quello che sembra essere il fulcro di tutto il ragionamento: «Il perno della disciplina risiede, in particolare, nella clausola di buona fede oggettiva o correttezza, che, per un verso, plasma, attraverso l'art. 1175 cod. civ., l'attuazione del rapporto obbligatorio e, dunque, condiziona – dando rilievo agli interessi in gioco e alle circostanze concrete – l'esecuzione dell'obbligazione restitutiva, che ha fonte nell'art. 2033 cod. civ. Per un altro verso, e *ab imis*, la buona fede oggettiva dà fondamento, tramite l'art. 1337 cod. civ., alla stessa possibilità di identificare un affidamento legittimo, suscettibile di rinvenire una tutela, sia quale interesse che, *ex fide bona*, in base al citato art. 1175 cod. civ., condiziona l'attuazione del rapporto obbligatorio, sia quale situazione soggettiva potenzialmente meritevole di protezione risarcitoria, proprio attraverso la disciplina dell'illecito precontrattuale»³⁸¹. Non si possono formulare, per limiti di spazio le articolate valutazioni che la complessa sentenza in commento richiederebbe; tuttavia, è suggestivo constatare come la Corte costituzionale abbia fatto ricorso a strumenti *tradizionali* del patrimonio del diritto civile, rileggendoli però in una luce nuova e sforzandosi di allinearli agli standard di tutela convenzionali. Le nostre norme più facilmente leggibili in un'ottica anche solidaristica – anche se qui per brevità non è stato ricordato l'intero quadro giuridico richiamato dalla Consulta – sono chiamate così a raccolta al fine di essere rilette in un sistema che dia seguito anche agli *input* di Strasburgo. Se di siffatta ambiziosa opera è autrice la Corte costituzionale, è chiamato a darle concretezza in ciascun caso concreto il giudice comune, il quale risulta pertanto onerato di delicate responsabilità in relazione al rispetto dei parametri convenzionali.

3. Parametri tratti dalla famiglia allargata del Consiglio d'Europa.

La CEDU è certamente lo strumento principe tra quelli proposti dal Consiglio d'Europa. Tuttavia, vi sono altre convenzioni di notevole importanza e la Consulta ha mostrato un

³⁸⁰ Sent. n. 8/2023, considerato in diritto, § 8.

³⁸¹ Sent. n. 8/2023, considerato in diritto, § 12.

crescente interesse anche verso questi altri strumenti. Particolarmente rilevante è il caso della Carta sociale europea³⁸². Nella sent. 120/2018 è stato anzitutto chiarito che per essa – come per la CEDU, del resto (v. sent. n. 348/2007 e 349/2007) – è necessario per il giudice comune sollevare questione di legittimità costituzionale in caso di contrasto con norme interne. Essa è poi stata invocata nella sent. 194/2018 e nella n. 183/2022. Nella prima, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 per la predeterminazione di un tetto massimo per il risarcimento senza giusta causa. Nel dichiarare siffatta predeterminazione non in linea, tra l'altro, con la Carta sociale europea, la Corte costituzionale si è rifatta alle decisioni del Comitato europeo per i diritti sociali, che esige che in questi casi il ristoro sia adeguato e costituisca un serio disincentivo per i datori di lavoro. Nello svolgere tali argomentazioni, la Consulta si è posta nell'ottica dell'integrazione delle fonti che dettano parametri costituzionali, linea che ha poi seguito nella stessa materia nella sent. n. 183/2022.

4. Parametri provenienti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Il ricorso a parametri contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta di Nizza, o CDFUE) ha fatto oggetto, nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, di un cambio di approccio inaugurato dal celebre obiter dictum della sent. n. 269/2017 e che è stato oggetto di ampi dibattiti. Non è qui possibile entrare in quella complessa discussione, ma è sufficiente ricordare che la Consulta ha inteso riappropriarsi di un ruolo, dai contorni peraltro forse non ancora perfettamente definiti, quando è in gioco l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali. Di tale processo di riappropriazione portano inevitabilmente traccia, in modo più o meno scoperto, le pronunce a cui qui si sta per fare cenno (ed anche altre, alle quali per limiti di oggetto e di spazio non si farà riferimento). In tale contesto, la Corte costituzionale ha ritenuto in più di un'occasione di fare ricorso al rinvio pregiudiziale. In tal modo, come si sta per vedere, il dialogo con la Corte di giustizia dell'UE si è arricchito di un contributo specialmente qualificato. Ciò non dovrebbe far passare in secondo piano il ruolo dei giudici comuni ai quali resta, come si dirà in sede di osservazioni conclusive, un ruolo in ogni caso fondamentale.

Giova ricordare, a tal proposito, innanzitutto due pronunce della Corte costituzionale: la sent. n. 54/2022 e la sent. n. 67/2022.

La prima, che si occupava delle norme sull'assegno di natalità e maternità, ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui negavano l'accesso alle dette prestazioni ai cittadini di Paesi terzi ammessi nel territorio a fini lavorativi, o comunque in possesso del permesso di soggiorno e ammessi a svolgere attività lavorativa. La pronuncia è giunta dopo che la Corte aveva interrogato la Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale con ord. n. 182/2020. La Corte di Lussemburgo aveva risposto con sentenza del 2 settembre 2021, causa C-350/20, O.D. Rispetto a questa vicenda è opportuno sottolineare due aspetti. In primo luogo, dalla sentenza della Corte di giustizia si evince che la ricevibilità dei quesiti posti dalla Corte costituzionale era stata revocata in dubbio dalla Commissione europea nella parte in cui essi sembravano irrilevanti *ratione temporis* per i giudizi nazionali di origine (si trattava dell'invocazione di una

³⁸² La Corte costituzionale ha utilizzato anche altre convenzioni e strumenti, non a tutti riconoscendo la valenza di parametro costituzionale, a seconda della natura di ciascuno di essi. Non è qui possibile un'analisi completa, si ricordano tuttavia la sent. n. 50/2015 sulla Carta europea dell'autonomia locale, le sentenze n. 24/2022 e n. 229/2022 sulla Convenzione europea sul paesaggio e la sent. n. 45/2020 sulla Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia.

direttiva prima della scadenza del suo termine di attuazione). Rimanendo fedele al proprio orientamento consolidato in decenni di giurisprudenza, la Corte di giustizia avrebbe dovuto accogliere l'eccezione – pur non sollevata formalmente, a quanto sembra – della Commissione. I Giudici di Lussemburgo invece hanno scelto non di mutare indirizzo in senso generale, ma di offrire una risposta utile al Giudice che li interrogava, che è titolare della funzione di controllo di costituzionalità e al quale quindi è parso opportuno concedere un accesso più ampio, attesa la valenza generale delle decisioni che emette in seguito all'esercizio di quel controllo³⁸³. In secondo luogo, la Corte di giustizia ha chiaramente statuito che il diritto derivato rilevante³⁸⁴, secondo il tipico linguaggio utilizzato nelle procedure pregiudiziali, “osta” ad una normativa che, come quella italiana, escludeva i cittadini di Paesi terzi, che si trovassero nelle riferite condizioni, dalla fruizione degli assegni di natalità e maternità. Più che soffermarsi sui passaggi interpretativi che hanno condotto la Corte di giustizia a tale soluzione – di per sé facilmente ricavabili già dalla sua giurisprudenza precedente³⁸⁵ – giova notare come la domanda pregiudiziale della Consulta fosse incentrata sull'art. 34 CDFUE. Tale disposizione non è stata ignorata dai Giudici di Lussemburgo, ma essi si sono limitati a notare che il diritto derivato in questione dà ad essa, ed in particolare al suo par. 2, rilevante nella specie, «espressione concreta»³⁸⁶. È però poi sul detto diritto derivato che si è focalizzata la loro attenzione e solo e direttamente su di esso si esprime il dispositivo della sentenza della Corte di giustizia. L'art. 34 del resto esprime principi, i quali non esprimono direttamente un definito contenuto di protezione (se non generico) e rimandano per l'individuazione di questo alle legislazioni nazionali e dell'UE. Tale diversità di prospettive si giustifica sulla base del fatto che la presenza dell'art. 34 muta, per la Corte costituzionale, il paradigma del suo intervento: l'applicabilità della Carta di Nizza, infatti, fa scattare il modulo inaugurato con la sent. n. 269/2017. La Consulta ha poi scelto nel caso in questione di chiedere anche direttamente dei chiarimenti a Lussemburgo tramite rinvio pregiudiziale, per poi esprimere il proprio giudizio.

³⁸³ Sembra opportuno riportare direttamente il passaggio rilevante della sentenza della Corte di giustizia: « Occorre tuttavia rilevare che il giudice del rinvio non è il giudice chiamato a pronunciarsi direttamente sulle controversie principali, bensì un giudice costituzionale a cui è stata rimessa una questione di puro diritto – indipendente dai fatti addotti dinanzi al giudice di merito – questione alla quale esso deve rispondere alla luce sia delle norme di diritto nazionale che delle norme del diritto dell'Unione al fine di fornire non solo al proprio giudice del rinvio, ma anche all'insieme dei giudici italiani, una pronuncia dotata di effetti erga omnes, vincolante tali giudici in ogni controversia pertinente di cui potranno essere investiti. In tale contesto, l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta dal giudice del rinvio presenta un rapporto con l'oggetto della controversia di cui è investito, che riguarda esclusivamente la legittimità costituzionale di disposizioni nazionali rispetto al diritto costituzionale nazionale letto alla luce del diritto dell'Unione» (sent. *O.D.*, cit., punto 40).

³⁸⁴ Si trattava in particolare dell'art. 12 L'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro (GU 2011, L 343, pag. 1).

³⁸⁵ Di tale circostanza si ha una riprova nella scelta della Corte di giustizia di decidere senza l'intervento dell'Avvocato generale, ciò che è possibile «[o]ve [la Corte] ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto» (art. 20, quinto comma dello Statuto della Corte di giustizia). Inoltre, la causa è stata decisa in Grande sezione su richiesta del governo italiano ai sensi articolo 16, terzo comma, dello Statuto della Corte di giustizia (v. sent. *O.D.*, cit., punto 36), in mancanza della quale probabilmente la scelta sarebbe caduta su una Sezione semplice (ossia una formazione di giudizio più ridotta formata da tre o cinque giudici, considerata appropriata se la «difficoltà» o l'«importanza» della causa non richiedano la Grande sezione, o eccezionalmente, la decisione in Seduta plenaria: v. dell'art. 60 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia).

³⁸⁶ Sent. *O.D.*, cit., punto 46.

Quanto alla sent. n. 67/2022, il cui oggetto è l'assegno per il nucleo familiare, è sufficiente in questa sede osservare che in essa il modulo di intervento prescelto dalla Corte costituzionale è stato diverso. Due sono le chiavi che sembrano utili a comprendere le scelte del Giudice delle leggi in questo caso. Innanzitutto, l'affermazione secondo cui «[n]é l'una né l'altra ordinanza [che avevano sollevato le questioni incidentali di legittimità costituzionale nel caso] evocano la violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e in particolare l'art. 34». Inoltre, la Corte costituzionale ha effettuato un'ampia ricostruzione volta ad accertare che le disposizioni di diritto dell'UE in gioco erano dotate di efficacia diretta, pertanto, il giudice comune avrebbe avuto tutti gli strumenti per procedere alla disapplicazione delle norme interne contrastanti³⁸⁷. Di conseguenza, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni per difetto di rilevanza. È stato rispolverato, quindi, lo schema della sentenza *Granital* (n. 170/1984), in cui è il giudice comune a poter disapplicare, come già da tempo aveva chiesto la Corte di giustizia. Quello schema rimane in sostanza valido e applicabile se non ci sono i presupposti perché scatti il modulo della sent. 269/2017, ossia che sia applicabile e invocata la Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Ricordando ancora che in questa presentazione non si intende offrire un quadro esauriente, quanto attirare l'attenzione su alcune pronunce in particolare in ragione della loro significatività per il tema trattato, restano ancora da richiamare due giudizi ancora pendenti davanti alla Corte costituzionale. In entrambi i casi, si è scelto di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – con ordinanze n. 216/2021 e 217/2021 –, la quale ha risposto rispettivamente con le sentenze del 18 aprile 2023, causa C-699/21, E.D.L. e del 6 giugno 2023, causa C-700/21, O.G. Si tratta di due casi che riguardano il mandato d'arresto europeo. Nel primo caso, si dibatteva della mancata previsione, come motivo di rifiuto da parte del giudice dell'esecuzione, della presenza di ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che avrebbero esposto la persona, in caso di consegna, a conseguenze di eccezionale gravità. La Corte di giustizia ha indicato come strada da percorrere in prima battuta la sospensione, alla quale potrebbe far seguito il rifiuto solo qualora i riferiti rischi non sarebbero stati eliminati entro un termine ragionevole. Ciò che più conta è tuttavia che per i Giudici di Lussemburgo tale valutazione può solo essere compiuta, in pendenza della sospensione, grazie alle informazioni che l'autorità dell'esecuzione deve acquisire dall'autorità giudiziaria di emissione riguardo alle condizioni di detenzione e alla possibilità di adattarle alla situazione della persona da consegnare. È, in altri termini, attraverso il dialogo orizzontale tra i due giudici che le condizioni della futura esecuzione dovranno essere accertate. La Corte di giustizia, infatti, prima di esporre la propria analisi ha richiamato con forza, come pilastri dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (nell'ambito del quale è inserito il mandato d'arresto europeo), l'elevato livello di fiducia tra Stati membri, il principio del mutuo riconoscimento e il rispetto dei diritti fondamentali³⁸⁸. A ben vedere, quindi, la Corte costituzionale, ma soprattutto i giudici comuni sono chiamati ad operare in una cerchia di cooperazione e fiducia

³⁸⁷ Sent. n. 67/2022, considerato in diritto, § 12.

³⁸⁸ Sent. E.D.L., cit., punti 31-33. Si ricorda che lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è visto e interpretato come un *corpus* organico dalla Corte di giustizia. È ad es. in questo senso significativo che i Giudici di Lussemburgo abbiano richiamato «per analogia» una pronuncia in materia di immigrazione sul funzionamento del sistema di Dublino (sent. del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, C.K.) al fine di affermare che la presenza di «gravi patologie, di carattere cronico e potenzialmente irreversibili» non costituisce di per sé sola valido motivo di rifiuto dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, e che invece «[i]n considerazione del principio di fiducia reciproca sotteso allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sussiste, infatti, una presunzione secondo cui le cure e i trattamenti offerti negli Stati membri per la presa in carico, segnatamente, di tali patologie sono adeguati» (sent. E.D.L., cit., punto 35).

più ampia di quella ristretta alle sole autorità nazionali, dotandosi di capacità di comunicazione adeguate, il che implica anche di aver acquisito dimestichezza con istituti, standard e linguaggi propri del diritto dell'Unione.

Infine, con la sent. O.G., la Corte di giustizia si è espressa sul secondo caso poc'anzi citato. Si trattava nuovamente di stabilire se potesse essere rifiutata l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, in un caso però diverso da quello deciso con la sentenza E.D.L., ossia quando colui che dovrebbe essere consegnato è un cittadino di un Paese terzo, ma residente nello stato di esecuzione: in particolare, la questione ruotava attorno all'inserimento del soggetto in tale ultimo Stato. Per la Corte di giustizia, va rifiutata l'esecuzione, se l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, avrà accertato, al termine di una valutazione complessiva, che esistono legami del soggetto con lo Stato membro di esecuzione tali da aumentare, nel caso la pena sia ivi eseguita, le sue possibilità di reinserimento. Tra gli elementi da valutare «vanno annoverati i legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici che il cittadino del paese terzo intrattiene con lo Stato membro di esecuzione, nonché la natura, la durata e le condizioni del suo soggiorno in tale Stato membro»³⁸⁹. In sostanza, la Corte di Lussemburgo, prendendo nuovamente le mosse da quelli che poco sopra sono stati chiamati pilastri dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁹⁰, si è dovuta in questo caso concentrare su una possibile ragione di rifiuto che non opera come limite esterno – come le condizioni di salute – ma riguarda le finalità stesse dello Spazio³⁹¹.

5. Osservazioni conclusive.

La carrellata che precede offre lo spunto per alcune considerazioni, di carattere anche pratico, per l'operatore, in particolare il giudice, che si trovi ad esercitare le sue funzioni nell'ambito della tutela di diritti anche emergenti e debba confrontarsi con parametri provenienti da fonti sovranazionali ed internazionali.

Emergono fondamentalmente tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, i parametri in questione sono inseriti in contesti giuridici con dinamiche proprie, che è necessario conoscere ed interpretare correttamente. Ad esempio, l'invocazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE al di fuori del suo campo d'applicazione (come stabilito dall'art. 51 della stessa Carta) costituisce un ricorrente problema. Se è peraltro vero che è possibile rifarsi alla Carta di Nizza per l'interpretazione di altri parametri – che invece rilevino direttamente – andrebbe tuttavia ben distinto il ruolo di mero ausilio ermeneutico *esterno* da quello della vera e propria applicazione. In maniera forse anche più ovvia, è doveroso che il giudice si confronti con la giurisprudenza degli organi giurisdizionali, o anche quasi giurisdizionali, che sono interpreti autentici degli strumenti che intende applicare. Solo attraverso questo confronto sarà possibile individuare lo specifico contributo che lo strumento in questione può conferire nell'ambito dell'integrazione delle tutele più volte auspicata dalla Corte costituzionale. Peraltro, tutti i rilevati profili di complessità ricadono

³⁸⁹ Sent. O.G., cit., punto 68.

³⁹⁰ Sent. O.G., cit., punti 31-33.

³⁹¹ Cfr. in particolare, il considerando 9 e l'art. 3 della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU 2008, L 327, pag. 27), rilevanti anche nell'applicazione del meccanismo del mandato d'arresto europeo ai fini di quella valutazione complessiva a cui si è fatto cenno nel testo: sent. O.G., cit., punti 62-63.

nelle mani del giudice comune quando è chiamato ad assumere le sue decisioni, rendendo il suo compito particolarmente delicato.

In secondo luogo, il giudice può, o in taluni casi deve, interagire direttamente con la Corte di giustizia dell'UE, o con la Corte costituzionale. Nell'entrare in questo prezioso circuito, il giudice comune conserva la prerogativa di impostare le questioni. Formulare correttamente gli interrogativi, secondo il diverso sistema di controllo dei due organi giurisdizionali in parola è un'attività di grande importanza. In questa va utilizzata tutta la prudenza del giudice, nonché la conoscenza degli istituti, delle categorie e dei linguaggi propri del sistema di riferimento (che può anche ovviamente essere, quando si interroga la Corte costituzionale, quello dell'UE o della CEDU in relazione all'art. 117, primo comma, Cost.). Non si è peraltro qui toccato il tema della c.d. doppia pregiudizialità, nel quale non conviene addentrarsi nemmeno in sede di considerazioni conclusive. Ad ogni modo, anche quello è un aspetto a cui il giudice dovrà porre attenzione.

In terzo luogo, vanno considerati gli specifici presupposti ed effetti dell'intervento della Consulta nell'ambito del nostro ordinamento. Mentre esso va convenientemente evitato quando il giudice comune può e deve fare da sé – e l'apertura di una questione incidentale di legittimità costituzionale provocherebbe un inutile allungamento dei tempi –, va ricordato anche che in casi non sempre ben definiti esso è opportuno, ovvero doveroso. La specificità della posizione del Giudice delle leggi, riconosciuta dalla stessa Corte di giustizia, lo pone in condizioni talvolta privilegiate per la valutazione di talune questioni, nonché nella possibilità di formulare questioni di importanza generale che sarebbero precluse al giudice a quo, o che a questi risulterebbe più difficile impostare e successivamente utilizzare nella sua attività decisoria.

PARTE III

IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ

Roberto Bin

Uguaglianza tra le persone e ragionevolezza della legge nello schema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali: un quadro evolutivo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Analogia e giudizio di ragionevolezza. – 3. Primo passo: *ratio legis*. – 4. *Ratio legis*: cioè? – 5. Secondo passo: congruità del mezzo rispetto al fine. – 6. Terzo passo. Ragionevolezza del “mezzo” e bilanciamento degli interessi. – 7. Quarto passo. Decisione e argomentazione. – 8. Ragionevolezza e interpretazione.

1. Premessa.

Il controllo sulla ragionevolezza della legge ha attratto la dottrina giuridica di ogni lingua e di ogni cultura, forse al di là del necessario. La ragionevolezza è stata coniugata di volta in volta con i concetti di razionalità, proporzionalità, equità, congruità, coerenza e, ovviamente, eguaglianza, alimentando le analisi teoriche con fiumi di giurisprudenza, prodotta soprattutto dalle corti costituzionali.

Ma la ragionevolezza non è affatto una novità introdotta dalla giurisprudenza costituzionale, che altro non ha fatto che “battezzare” con tale espressione una struttura di ragionamento vecchia di millenni. Il giudizio di ragionevolezza, da tempo impiegato dalla Corte costituzionale italiana in tanta parte delle sue sentenze³⁹², si sovrappone come modello di ragionamento al ben più antico ragionamento per analogia. Ed è proprio dall’analogia che conviene prendere le mosse.

2. Analogia e giudizio di ragionevolezza.

Scrivendo Letizia Gianformaggio: «il fondamento dell'analogia nel diritto è il nucleo razionale dell'idea della giustizia distributiva, cioè l'eguaglianza, che non soccorre solo nell'applicazione delle regole... ma anche nella loro produzione... Il materiale giurisprudenziale più interessante ai fini di una ricostruzione della struttura del ragionamento

* La presente relazione è aggiornata alla data 30 Maggio 2023

³⁹² L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli* I, Padova, Cedam 1985, I, 605 ss.

per analogia in diritto [è] oggi prodotto, in Italia, dalla Corte Costituzionale nelle motivazioni in cui discute una denunciata violazione dell'art. 3 Cost.»³⁹³. L'innesto del giudizio di ragionevolezza sul giudizio di analogia non può essere espresso in termini più limpidi.

È stato Livio Paladin a rappresentare il giudizio di ragionevolezza, così com'è sviluppato dalla Corte costituzionale italiana, in uno schema trilatero³⁹⁴: in esso, una norma tratta dalle leggi ordinarie (la norma impugnata dal giudice *a quo*) viene raffrontata con un'altra norma ordinaria assunta a paragone (*tertium comparationis*), e si interroga la Corte costituzionale sulla *ragionevolezza* della differenziazione o dell'equiparazione del trattamento previsto dalle due norme. Il vertice di questo triangolo (le due fattispecie legislative messe a confronto costituiscono i due angoli di base) è costituito dalla *ratio* della norma assunta a paragone³⁹⁵.

Questo schema trilaterale funziona sia nel ragionamento per analogia che nel giudizio di ragionevolezza: la differenza è che il primo si svolge interamente nell'ambito, e con gli strumenti, dell'interpretazione delle leggi, che spetta al giudice ordinario nello svolgimento del suo compito di ricerca della fattispecie in cui sussumere il caso in esame; mentre il secondo presuppone che l'interpretazione non basti a dare giustizia, perché l'estensione dell'applicazione della norma presa a raffronto al caso in esame è impedita dal chiaro tenore del *tertium comparationis*, per cui è invocato l'intervento ablatorio della Corte costituzionale. Ma per lunghi tratti il percorso è il medesimo. Ne descrivo i passi.

3. Primo passo: *ratio legis*.

Il primo passo di entrambi i percorsi è la individuazione della *ratio* della norma assunta a raffronto. Provo a spiegare il punto ricorrendo a tre casi che mi sembrano offrire esempi significativi.

Primo caso. Una ricca signora ritorna a notte fonda nel suo bell'albergo. Portone chiuso. Uno dei dipendenti la intravede e aziona a distanza l'apriporta. Ma dietro alla signora, senza che nessuno se ne accorga, entrano anche alcuni malviventi armati, che la costringono a salire nella sua stanza e la rapinano di tutti i gioielli. La signora chiede all'albergo di rispondere del furto subito. Il giudice di primo grado le dà ragione, ritenendo che l'uso della normale diligenza da parte dell'albergatore e dei suoi ausiliari avrebbe impedito l'ingresso dei malviventi. Ma in appello la decisione viene rovesciata e la Cassazione conferma.

Definendo la responsabilità dell'albergatore, l'art. 1785 cod. civ. la esclude quando "la sottrazione" dei beni dell'ospite sia dovuta "a forza maggiore": la rapina può essere considerata "forza maggiore"? Nessun articolo del codice risponde a questa domanda, né la giurisprudenza se ne era occupata in precedenza. Di fronte a questa (presunta) *lacuna*, la Cassazione procede per *analogia*. Il caso simile è quello della rapina dei beni affidati ad un trasportatore, caso purtroppo molto frequente: l'art. 1693 cod.civ. esclude la responsabilità del trasportatore per la perdita delle cose affidategli se essa è dovuta «ad un evento a lui non imputabile o a caso fortuito»; la norma è generalmente interpretata nel senso che la rapina ricade nelle ipotesi di esclusione della responsabilità di chi aveva in custodia i beni per il trasporto. Perciò – conclude la Cassazione (civ. III, 18651/2003) - «anche la sottrazione,

³⁹³ L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. civ.* I, 325.

³⁹⁴ Cfr. L. PALADIN, op. cit.

³⁹⁵ Per Paladin invece il vertice sarebbe costituito dal principio di eguaglianza, cioè dall'art. 3 Cost. Perché invece sia la *ratio* della norma a dover essere presa a paragone l'ho a suo tempo illustrato in R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, Cedam, pp. 159 ss. e in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2, 2002.

compiuta con violenza o minaccia, delle cose portate dal cliente nell'albergo può qualificarsi come forza maggiore, non imputabile all'albergatore e idonea ad escludere la sua responsabilità».

Il caso viene quindi risolto sul piano dell'*interpretazione*, indagando sul significato della locuzione “forza maggiore” come esimente della responsabilità dell'albergatore. Ma se questa ipotesi non fosse stata scritta nella disposizione, cosa avrebbe impedito all'albergatore di sollevare la questione di legittimità dell'art. 1785 “nella parte in cui” non la prevedeva, usando proprio come *tertium comparationis* l'art. 1693?

Secondo caso. Un taxista veneziano procedeva per il Canal Grande a 11 km/ora, violando il limite posto in quel tratto di 7 km/ora. Viene registrato dal telelaser e pesantemente multato. Ricorre al giudice ordinario che gli dà ragione, ritenendo di applicare per *analogia* il Codice della strada, che prevede una “tolleranza strumentale” di 5 km/ora. Sentenza confermata in appello, ma la Cassazione (sez. II civ., sent. 19928/2022) respinge questa argomentazione del Tribunale di Venezia, negando che vi sia una *lacuna* nella disciplina che prevede un limite di velocità preciso. Il punto è che la *ratio* del limite di velocità nei canali veneziana è diversa da quella prevista dal codice della strada: non ci sono soltanto ragioni di sicurezza (com'è nella circolazione stradale), ma anche l'esigenza di limitare i danni provocati dall'onda generata dal movimento del natante. Se la *ratio* è diversa, i due casi, benché simili (riguardano pur sempre apparecchiature di controllo del rispetto del limite di velocità), *non sono analoghi*. L'analogia opera soltanto se due fattispecie sono simili anche per gli interessi che esse perseguono, per la loro *ratio*. Dunque, nessun margine neppure per un'eventuale eccezione di illegittimità della norma regolamentare per violazione del principio di eguaglianza.

Terzo caso. Si tratta di un “grappolo” di casi aventi ad oggetto la legge 1204/1971, («Tutela delle lavoratrici madri»), che limitava il beneficio dell'astensione dal lavoro e i permessi per l'allattamento alla madre, negandoli al padre lavoratore³⁹⁶. Quanto di più “naturale” in apparenza, dato che la procreazione segna come nessuna altra cosa la diversità “naturale” tra i sessi. Ma cosa accade se la madre è impedita a svolgere le “sue” normali funzioni? Numerose questioni di legittimità costituzionale vengono sollevate dai pretori, cui un padre si è rivolto per ottenere il riconoscimento degli stessi benefici, dovendo provvedere ai figli al posto della madre. La legge è chiara, e non consente acrobazie interpretative: i benefici possono essere concessi solo alla madre. Ma vi sono casi in cui questo rigido assetto normativo si rivela irragionevole. Qual è la *ratio* di questa norma? Se si ragionasse solo in termini di tutela della salute della madre, allora l'esclusione del padre dalle provvidenze sarebbe giustificabile *in re ipsa*: in questa prospettiva le differenze naturali avrebbero piena rilevanza, non avendo la gravidanza, il parto e il puerperio conseguenze rilevanti sulla salute del padre. Ma i benefici non sono rivolti soltanto alla protezione della madre: c'è anche l'interesse del bambino, il diritto del neonato a essere inserito in una famiglia e lì trovare l'affetto e l'assistenza necessari. Questa è la *ratio* e *da questo punto di vista* l'esclusione del padre dai benefici crea una discriminazione intollerabile tra i neonati fortunati e quelli che nascono in una famiglia in cui la madre non c'è o non è in grado di assicurare la sua assistenza al figlio. La Corte costituzionale pertanto ha riconosciuto che l'astensione obbligatoria dal lavoro e i permessi giornalieri per l'allattamento non sono posti a tutela solo della salute della madre (sent. 1/1987): se così fosse, come mai il legislatore avrebbe esteso questi benefici alla madre del bambino adottato? Se questa tutela è sganciata, anche solo in parte, dal fatto naturale della procreazione, essa deve essere estesa, in forza del principio di eguaglianza, al padre, almeno

³⁹⁶ Ho già esaminato questi casi in *Ragionevolezza e divisione dei poteri* cit.

in altrettanta parte. Per questi motivi, la Corte dichiara illegittima la legge “*nella parte in cui non prevede che il diritto all’astensione dal lavoro e il diritto al godimento dei riposi giornalieri, riconosciuti alla sola madre lavoratrice,... siano riconosciuti anche al padre lavoratore ove l’assistenza della madre al minore sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità*”.

Una volta incrinato il rigido assetto degli interessi fissato dal legislatore, i casi "paradossali" che premono per una soluzione "ragionevole" si moltiplicano: il padre detenuto che chiede di godere dei permessi di cui godrebbe la madre se detenuta, sempre nelle stesse circostanze ammesse dalla Corte, cioè nel caso in cui la madre sia deceduta o impossibilitata a prestare assistenza al figlio (sent. 215/1990); il padre adottivo, in alternativa alla madre (e non solo nel caso di impedimento di questa: sent. 341/1991). Finché la "normalità dei casi" non appare definitivamente smarrita, e la Corte, spinta ad individuare la *ratio legis* nella sola tutela dell'interesse del minore, sollecitata dall'ennesima ordinanza decide che limitare l'estensione al padre dei benefici previsti per la madre solo nei casi che questa sia morta o gravemente inferma è illegittimo: almeno i riposi giornalieri sono sicuramente legati all'interesse della prole, non alla salute della madre, e spetta perciò ai genitori decidere se l'interesse dei figli è assicurato meglio dalla presenza della madre o da quella del padre (sent. 179/1993). Se il punto di prospettiva è dato dall'interesse del neonato, si può presumere che questo, nei primi mesi di vita, esiga in genere un rapporto fisico e psicologico con la madre: ma si tratta di una semplice presunzione, perché si deve lasciare ai genitori il compito di valutare ciò che più conviene al figlio. La legge viene perciò nuovamente dichiarata illegittima “*nella parte in cui non estende, in via generale ed in ogni ipotesi, al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri...*”.

La saga non finisce qui³⁹⁷. Ma credo che dai tre casi riassunti emerga in tutta evidenza come lo schema dell'analogia e quello del giudizio di ragionevolezza siano perfettamente sovrapponibili. Entrambi servono allo stesso obiettivo, risolvere il problema quando – per dirla con le parole di un illustre giudice costituzionale - «la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe»³⁹⁸.

4. *Ratio legis*: cioè?

Una trentina di anni fa, scrivendo dell'interpretazione dei testi letterari, Umberto Eco sviluppò la distinzione tra *intentio auctoris*, *intentio operis*, *intentio lectoris*: cioè, tra ciò che intendeva scrivere l'autore (il che è sempre difficile da scoprire), ciò che il testo «dice in virtù della coerenza testuale»³⁹⁹, e ciò che è il lettore a individuare come significato funzionale ai suoi scopi⁴⁰⁰. È una distinzione con cui i giuristi fanno i conti già da un paio di millenni. Oggi, in

³⁹⁷ In seguito, la Corte deve ancora ritornare sulla questione dell'equiparazione tra padre e madre. Questa volta però il problema ha una variante: il padre chiede di accedere ai benefici della maternità anche se la madre è lavoratrice autonoma, non dipendente. La Corte questa volta risponde di no (sent. 150/1994), perché la madre lavoratrice autonoma ha più possibilità di adattare i suoi orari alle esigenze dell'assistenza al figlio di quanto abbia una lavoratrice dipendente. Come dire: nella procreazione la differenza tra lavoro autonomo e lavoro dipendente è più rilevante della differenza tra uomo e donna! Si veda però anche sent. 385/2005, relativa all'indennità di maternità (rispetto alla quale non regge la discriminazione dei lavoratori autonomi).

³⁹⁸ Così la sent. 1009/1988 (red. Mengoni), ripresa dalla sent. 162/2014 (rel. Tesaurò).

³⁹⁹ Di congetture sull'*intentio operis* se ne possono fare all'infinito, «ma alla fine le congetture andranno provate sulla coerenza del testo e la coerenza testuale non potrà che disapprovare certe congetture avventate»: U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani 1990, 34.

⁴⁰⁰ Cfr. U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, Bompiani 1995 (che traduce le Tanner lectures del 1990).

un sistema costituzionale imperniato sulla separazione dei poteri, la “volontà” o – per dirla con l’art. 12 delle *Preleggi* – la “intenzione” del legislatore conta poco: la legge si “estranea” dal corpo politico che l’approva, ciò che vale (giuridicamente) è solo il testo licenziato dal procedimento legislativo. L’«intenzione del legislatore... sta ad indicare il problema pratico, del quale la norma da interpretare rappresenta la soluzione»⁴⁰¹. Per questo è indispensabile ricostruirla dovendo interpretare la gran massa di “leggi provvedimento” (dette anche “leggi di scopo”) che inzeppa l’ordinamento vigente.

Per cui oggi, quando si parla di *ratio legis* si fa riferimento essenzialmente all’assetto degli interessi che entrano in gioco e che la norma legislativa cerca di trattare con il dovuto bilanciamento. Le leggi invecchiano con il passar degli anni, però, e non è detto che l’interprete non sia indotto a considerare se la norma di cui si occupa, allontanandosi dall’obiettivo a cui mirava il legislatore, e risultando superato anche l’assetto degli interessi cui essa *sembra* voler sistemare, non possa rispondere ad un diverso, più attuale assetto degli interessi. Ma questa «eterogenesi dei fini» spesso porta ad un palese contrasto con l’originale *ratio legis* e conseguente declaratoria di illegittimità⁴⁰².

Per quanto possa risultare difficile, in alcuni casi, la ricostruzione della *ratio legis*, questo è un compito da cui l’interprete non può prescindere: ed è un compito che grava interamente sull’interprete, poiché ben poco può significare il “dato oggettivo” della *mens legis*, ossia dei propositi, più o meno resi espliciti dallo stesso legislatore negli atti preparatori o nel primo articolo della stessa legge («La presente legge...» è la criticabile scelta di *drafting* che anticipa oggetto e scopi di quel che segue). Per di più, non è tanto lo scopo della legge quel che interessa, quanto piuttosto la *ratio* della singola norma che entra nel giudizio della Corte costituzionale, e del giudice remittente prima, come *tertium comparationis*.

A volte il giudizio di ragionevolezza può già interrompersi qui. Può essere che la Corte costituzionale avverta che la *ratio legis* non sia più condivisibile: risponda, cioè, ad un assetto degli interessi non compatibile con i principi costituzionali. Tra gli esempi celebri si può ricordare la sentenza con cui è stato rimosso il divieto di donazione tra i coniugi, giudicato «un mero relitto storico» incompatibile con il principio costituzionale di eguaglianza⁴⁰³.

5. Secondo passo: congruità del mezzo rispetto al fine.

Inizia proprio qui la seconda parte del giudizio di ragionevolezza, che va a “saggiare” la tenuta della *ratio legis* e la congruità della norma (la norma indicata nell’ordinanza *a quo* come *tertium comparationis*) quale strumento idoneo al raggiungimento del fine voluto.

Un esempio può chiarire il punto. In un celebre *revirement*, la Corte costituzionale ha riconsiderato la legittimità della repressione penale del (solo) adulterio femminile⁴⁰⁴: «ritiene la Corte, alla stregua dell’attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall’essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia». Il vizio sta nella *ratio*, nell’assetto degli interessi che la norma impugnata promuove: «molto è mutato nella vita sociale» e la posizione della donna nella famiglia e nella società non è più quella di un tempo.

Un esempio non meno significativo lo possiamo trovare nella famosa sent. 20/1978, con cui venne dichiarata l’illegittimità del divieto di brevettazione dei farmaci. La *ratio* del divieto,

⁴⁰¹ E. BETTI, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, Giuffrè 19712, 265.

⁴⁰² Con conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale: si vedano, per esempio, le sent. 135/2022, 47/2020, 232/2018, 231/2013, 113/2011, 129/2008.

⁴⁰³ Sent. 91/1973 (rel. Volterra).

⁴⁰⁴ Sent. 126/1978, che rovescia l’infausto precedente della sent. 64/1961.

risalente già alla legislazione subalpina, era legata alla preoccupazione per il livello dei prezzi, per il «rincarimento cagionato dalla privativa». Ma la Corte, sulla base dei dati prodotti da un'analisi comparativa con paesi che consentono il brevetto dei farmaci, dimostra «come non sia possibile stabilire un legame di causa-effetto tra brevettabilità e livello dei prezzi, risultando ovunque il mercato dei medicinali largamente corretto da interventi autoritativi, che debbono tener conto non solo del costo delle materie prime e della mano d'opera, del normale profitto e della spesa di confezionamento, ma pure della possibile diffusione del farmaco, dell'incidenza della ricerca, nonché di altri fattori più peculiari». Già questa considerazione è sufficiente a condurre ad una decisione di illegittimità della discriminazione conseguente da questa deroga alla disciplina generale in tema di brevetti per invenzioni industriali. Ma, come vedremo subito dopo, il ragionamento della Corte non si chiude qui.

Un terzo esempio più recente lo troviamo nella sent. 56/2020, con cui la Corte dichiara l'illegittimità della norma di legge che impone a chi esercita il servizio di noleggio con conducente (NCC) di ritornare nella rimessa prima di iniziare un nuovo servizio. «La prescrizione - spiega la Corte - non è solo in sé irragionevole – come risulta evidente se non altro per l'ipotesi in cui il vettore sia chiamato a effettuare un servizio proprio dal luogo in cui si è concluso il servizio precedente – ma risulta anche sproporzionata rispetto all'obiettivo prefissato di assicurare che il servizio di trasporto sia rivolto a un'utenza specifica e non indifferenziata».

Il principio di eguaglianza è il parametro costantemente richiamato dal giudice *a quo* e impiegato dalla Corte in tutti questi giudizi. Esso consente di “sfogliare” le singole fattispecie legislative isolandone profili specifici che, per qualche ragione, non possono rientrare nella disciplina generale: è un modo con cui la «infinita varietà del reale», che si presenta alla valutazione del giudice comune, si scontra con «*id quod plerumque accidit*» che non può non essere la situazione “media” presa in considerazione dal legislatore. Capita di frequente che la *ratio* che giustifica la disciplina generale non si adatti al caso particolare. Non c'è o quasi deposito di decisioni della Corte costituzionale in cui qualche sentenza non riproduca questo tipo di giudizio⁴⁰⁵.

Un capitolo a parte è la giurisprudenza costituzionale che valuta la congruità delle leggi in raffronto ai “dati scientifici”. Sul tema si è scritto molto – forse troppo – quasi a voler dimostrare che i “dati scientifici” sono ormai assunti come un parametro a sé del controllo di legittimità. È un'esagerazione, che certe volte fa dire che la scienza svolge funzioni normative, integra il parametro di costituzionalità, se non rappresenta addirittura un super-parametro⁴⁰⁶. Non si tratta di questo, ma della appartenenza dei “dati scientifici” a quella realtà con cui il legislatore deve sempre fare i conti se vuole produrre norme che siano congrue rispetto alla loro finalità, che è molto spesso da ricollegare alla tutela della salute. Nessuna legge in materia «potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica»⁴⁰⁷. Come ci si cura lo decide il medico, non il legislatore: in ciò risiede il canone della ragionevolezza, tradotto in rispetto dei dati scientifici.

⁴⁰⁵ Si veda per es. la recentissima sent. 119/2023 in cui la Corte, occupandosi dell'inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati, nega che vi sia alcuna ragionevole connessione logica con la conservazione degli stessi e, per il loro tramite, con la tutela dell'interesse paesistico-ambientale individuata come *ratio* della legge del 2017.

⁴⁰⁶ Ho esaminato (e confutato) queste tesi in R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, FrancoAngeli 2021, 206 ss. e in *Normatività del fattuale*, Modena, Mucchi 2021, 49 ss.

⁴⁰⁷ Sent. 282/2002, che è la capofila di una nutrita serie di sentenze, culminanti nelle recenti pronunce in tema di vaccinazione anti-Covid (sentt. 14-16/2023).

6. Terzo passo. Ragionevolezza del “mezzo” e bilanciamento degli interessi.

Se il “mezzo” prescelto è giudicato congruo rispetto al suo fine, resta però necessario chiedersi se il fine individuato incarni l'unico interesse rilevante, l'unico da premiare senza che ciò danneggi altri interessi che andrebbero viceversa bilanciati.

Un esempio “storico” è offerto dalla sent. 202/1976 che, dichiarando l'illegittimità costituzionale del monopolio pubblico radiotelevisivo, ha segnato una svolta nella storia del paese. Il monopolio pubblico era giustificato (*ratio*) dall'esigenza di evitare che, in riferimento ad uno strumento di informazione così importante, le restrizioni economiche e tecnologiche potessero favorire l'insorgere di un monopolio privato. La Corte giudica il monopolio pubblico (penalmente assistito) uno strumento eccessivo, perché produce la eccessiva compressione di altri interessi – tutti costituzionalmente rilevanti – quali il pluralismo dell'informazione e la libera iniziativa economica nel settore: un regime ben costruito di autorizzazione all'esercizio di reti radiotelevisive, invece, avrebbe potuto bilanciare i diversi interessi costituzionali, sostituendosi al regime di radicale tutela del monopolio pubblico.

Anche nella già citata sentenza sul divieto di brevettazione dei farmaci si può scorgere una strategia argomentativa consimile. In quel caso, oltre al fine di contenere il prezzo dei prodotti farmaceutici, la Corte scorge un altro interesse costituzionalmente rilevante: quello del finanziamento della ricerca scientifica. Entrambi gli interessi fanno poi capo alla tutela del diritto alla salute: «perché sia raggiungibile l'obiettivo di interesse generale rappresentato dalla tutela della salute pubblica, deve risultare equilibrato, non sacrificandosi dunque in misura grave nessuno di essi» (sent. 20/1978).

Un esempio più recente lo si può trovare nella legislazione per l'emergenza Covid-19. Alcune misure sono state cassate dalla Corte costituzionale perché erano sì efficienti rispetto allo scopo di tutelare gli strati più deboli della società dai riflessi della pandemia, ma al “costo” di uno sbilanciato sacrificio degli interessi direttamente concorrenti. La sent. 87/2022, per esempio, dichiara l'illegittimità costituzionale di una disposizione (l'art. 4 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137) nella parte in cui dichiara inefficace «ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare (art. 555 cpc), che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore, effettuata dal 25 ottobre 2020 alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». «Il bilanciamento tra i diritti coinvolti - afferma la Corte - è stato così operato dal legislatore... in maniera manifestamente irragionevole, con la previsione, in danno del creditore, di una sanzione processuale (l'inefficacia di “ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare”) che, rispetto alla finalità perseguita, comprime il diritto del creditore procedente in misura eccessiva», incrinando anche la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale di cui il creditore deve poter godere.

7. Quarto passo. Decisione e argomentazione.

Questo lungo percorso argomentativo non servirebbe se il giudizio di somiglianza o di analogia avesse qualche fondamento nella logica. Ma non l'ha. Se la logica si basa su ragionamenti deduttivi, il procedimento analogico è invalido dal punto di vista logico⁴⁰⁸. Ma, come scrisse Enzo Melandri a conclusione del suo monumentale libro sull'analogia, «le analogie possono essere buone o cattive. Comunque siano, non se ne può fare a meno»⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Così R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur.cost.* 2006, 748.

⁴⁰⁹ E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, Quodlibet 2004.

Ciò che nel mondo del diritto fa apprezzare il ragionamento analogico, e il correlato giudizio di ragionevolezza, è il procedimento argomentativo. È l'argomentazione quel che rende persuasivo il giudizio.

In queste pagine ho provato a descrivere le tappe del ragionamento che segue la Corte costituzionale quando le venga richiesto di valutare la ragionevolezza (e quindi la compatibilità con il principio di eguaglianza) di una disposizione legislativa che include/esclude nella/dalla disciplina di una fattispecie determinata, individuata dalla domanda di cui è investito il giudice *a quo*. Si è cercato di ricostruire i “passi” la cui successione forma il *procedimento* argomentativo seguito dalla Corte. Però – si dice – ci sono situazioni in cui questo procedimento non è ammesso.

Lo si dice anzitutto - e in linea di principio - per l'analogia, ma lo si ripete con argomentazioni del tutto simili anche per il giudizio di ragionevolezza. Tipico è il divieto di analogia *in malam partem* in campo penale, che deriva dal principio consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost., che riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante: «principio, quest'ultimo, che determina in via generale l'inammissibilità di questioni volte a creare nuove norme penali, a estenderne l'ambito applicativo a casi non previsti (o non più previsti) dal legislatore»⁴¹⁰. Della materia penale, però, non spetta a me occuparmi.

Altro caso di esclusione dell'applicazione del criterio di ragionevolezza riguarda le norme che derogano alla disciplina generale: «il principio di eguaglianza non può essere invocato quando la disposizione di legge, da cui viene tratto il *tertium comparationis*, si riveli derogatoria rispetto alla regola desumibile dal sistema normativo, e perciò insuscettibile di estensione ad altri casi, pena l'aggravamento, anziché l'eliminazione, dei difetti di coerenza di esso»⁴¹¹. Ma questo canone non ha la stessa resistenza del divieto di analogia in campo penale. Una recentissima sentenza della Corte costituzionale⁴¹² ci mostra perché.

Il tema sottoposto alla Corte è il divieto per gli psicologi militari di esercitare la libera professione, invece espressamente consentita dalla legge impugnata ai medici militari. La Corte premette che questa concessione ai medici militari è una *deroga* al principio generale dell'esclusività della professione militare, incompatibile con l'esercizio delle attività libero professionali: e ribadisce dunque il principio che le norme derogatorie non possono essere estese per via di giudizio di eguaglianza. Tuttavia – ed è questo l'aspetto interessante (anche se non del tutto privo di precedenti) – la Corte osserva che anche le norme derogatorie sono (*rectius*, devono essere) giustificate dalla *ratio derogandi*, la quale ben può estendersi a comprendere altre fattispecie ad essa strettamente ricollegabili: «la funzione del giudizio di legittimità costituzionale, che normalmente consiste nel ripristino della disciplina generale, ove ingiustificatamente derogata da quella particolare... può, in taluni casi, realizzarsi tramite l'estensione di quest'ultima ad altre fattispecie purché ispirate alla medesima *ratio derogandi*». Il legislatore, se riconosce l'esigenza di introdurre un'eccezione rispetto alla regola generale, «non potrebbe, in mancanza di un giustificato motivo, esimersi dal realizzarne integralmente la *ratio*, senza per ciò stesso peccare di irrazionalità»⁴¹³. Realizzare integralmente la *ratio*

⁴¹⁰ Sent. 105/2022, che rinvia ai precedenti.

⁴¹¹ Sent. 427/1990.

⁴¹² Sent. 98/2023.

⁴¹³ Non è affatto un principio nuovo nella giurisprudenza costituzionale, che lo ammette anche in materia penale (ovviamente *in bonam partem*): ad «aggiunge altri casi di non punibilità a quelli già previsti, non osta il carattere della norma censurata, carattere derogatorio rispetto al normale regime della punibilità. Il legislatore, infatti, una volta riconosciuta l'esigenza di un'eccezione rispetto a una normativa più generale,

significa estendere la disciplina derogatoria alle altre ipotesi in cui la stessa *ratio derogandi* può essere riconosciuta.

8. Ragionevolezza e interpretazione.

Più volte la Corte ha affermato, come canone generale, che «il postulato della ragionevolezza del legislatore impone di escludere l'interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo ad una norma assurda o irragionevole fino a quando non sia stata accuratamente esplorata, con esito negativo, la possibilità di altri significati compatibili sia col tenore del testo sia col principio dell'art. 3 della Costituzione»⁴¹⁴. Ciò significa che talvolta basta l'interpretazione a ripristinare la coerenza del sistema normativo. Ma è evidente che non sempre quello che la Corte può fare in sede di giudizio di ragionevolezza è ammesso che il giudice comune possa compierlo con lo strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione. L'interpretazione ha i suoi limiti, che sono segnati dal testo normativo. Vale il vincolo posto dall'art. 101, secondo comma, Cost.

Nel caso degli psicologi militari, l'Avvocatura dello Stato aveva proposto l'inammissibilità della questione suggerendo l'ipotesi di una “interpretazione conforme” capace di estendere la deroga prevista dalla legge per i medici militari: in fondo, medici e psicologi militari erogano prestazioni volte anche alla tutela dell'integrità psichica e, oggi, rientrano nell'unitaria categoria del personale militare abilitato all'esercizio della professione sanitaria. Ma la Corte costituzionale ha dimostrato che, così come sono scritte, le leggi vigenti impediscono di estendere la deroga in via interpretativa.

Le vie dell'interpretazione sono finite: oltre, la ragionevolezza può essere raggiunta solo attraverso l'eccezione di incostituzionalità.

non potrebbe, in mancanza di un giustificato motivo, esimersi dal realizzarne integralmente la ratio, senza per ciò stesso peccare di irrazionalità» (sent. 416/1996).

⁴¹⁴ Sent. 298/1990.

Il diritto punitivo in epoca di moltiplicazione dei modelli sanzionatori e delle interazioni con il processo: legalità, retroattività e irretroattività, prevedibilità, proporzionalità, *ne bis in idem**

SOMMARIO: 1. Premessa. – **I. Caratteri generali della giurisprudenza costituzionale in materia punitiva.** – 2. Un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia punitiva. – 3. La “continuità evolutiva”, caratteristica del nuovo corso. – **II. Origine e significato del sistema punitivo di “doppio livello”.** – 4. Nascita ed evoluzione dell’illecito amministrativo punitivo. – 5. Il senso della tendenziale unificazione nella categoria dell’illecito punitivo. – **III. Rapporti tra illecito penale e illecito punitivo amministrativo.** – 6. Punti di distanza tra i due tipi di illecito. – 7. Punti di contatto tra i due tipi di illecito. – 8. La proporzione/ragionevolezza in particolare.

1. Premessa.

Il titolo di questa relazione è stato formulato in modo tale da abbracciare un ambito tematico davvero molto vasto. In effetti si potrebbe dire che quel titolo identifica un campo di materia sostanzialmente coincidente con i *principi costituzionali del diritto punitivo*. E la scelta di questo tema così ricco di implicazioni e di intersezioni tra principi costituzionali e discipline legislative non è certo casuale, trattandosi di uno spazio dell’ordinamento in cui sono in atto notevoli evoluzioni, trasformazioni e fors’anche incertezze ed assestamenti. Non ci sottrarremo certo all’impegnativo compito che ci è stato affidato assegnandoci un tema tanto vasto ed articolato, anche a costo di scontare qualche genericità imposta dalla necessità di rispettare i limiti di spazio propri di una relazione orale. Ma precisiamo fin d’ora che lo affronteremo con particolare attenzione alla giurisprudenza della Corte costituzionale, alla quale va riconosciuto il merito, soprattutto nei tempi più recenti, di avere svolto un ruolo particolarmente incisivo e dinamico nell’evoluzione dell’intricata materia.

La struttura del nostro discorso si articolerà in tre parti. In primo luogo, ci pare utile fornire delle considerazioni generalissime e per così dire di sfondo sulla giurisprudenza costituzionale in materia punitiva. In secondo luogo, ci soffermeremo a ripercorrere brevemente l’evoluzione attraverso la quale è venuto formandosi un sistema punitivo di doppio livello, penale in senso stretto e amministrativo punitivo. Infine, ci occuperemo dei rapporti intercorrenti tra i due modelli d’illecito, penale ed amministrativo, sotto il profilo delle loro rispettive garanzie.

I. Caratteri generali della giurisprudenza costituzionale in materia punitiva.

2. Un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia punitiva.

Iniziando pertanto con qualche considerazione di sfondo, è indubbio che la Corte costituzionale negli ultimi anni ha intensificato quantitativamente e qualitativamente i suoi interventi anche in materia punitiva. La cittadella del diritto penale, cinta dal muro della legalità, ha visto attenuare molto la sua impenetrabilità: quel muro è diventato assai più poroso lungo un processo storico di progressiva valorizzazione dei principi costituzionali proprio in

* La presente relazione è aggiornata alla data 30 Maggio 2023

quell'area, quella penale, ove l'istanza costituzionale non può subire limitazioni o compressioni in ragione per l'appunto delle caratteristiche invasive e penetranti dell'intervento punitivo. Questo processo di penetrazione costituzionale nella cittadella del diritto punitivo è mosso da cause che potremmo dire "interne", cioè nazionali, e da cause che potremmo dire "esterne", cioè sovranazionali.

Quanto alle cause "interne", c'è poco da dire – o forse ci sarebbe molto, troppo per dirlo in questa sede. L'abuso legislativo del diritto penale, il trasandato stile di legiferazione in questo campo e, all'opposto, le numerose omissioni e inerzie legislative su taluni nodi delicatissimi della materia, hanno spinto la Corte costituzionale sempre più spesso a prendere posizione ed in modo sempre più incisivo.

Quanto alle cause "esterne", esse si possono riassumere nel venir meno della convinzione secondo la quale la nostra Costituzione offrirebbe un quadro di garanzie più ampio e penetrante di quanto non facciano le fonti europee, a cominciare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ed in effetti oggi nessuno potrebbe negare l'arricchimento in termini di garanzie che proviene proprio da Strasburgo: basti pensare all'evoluzione dello stesso principio di legalità, che si è arricchito ormai della componente della prevedibilità della decisione giudiziaria; all'ingresso deciso del principio della retroattività *in mitius* con rango tendenzialmente paritario a quello dell'irretroattività sfavorevole (non più mero corollario del principio di eguaglianza, ma autonomo diritto fondamentale); alla ricchezza di contenuti che la giurisprudenza di Strasburgo ha tratto dal diritto fondamentale alla vita privata (art. 8 Conv. Eur.).

Di notevole interesse ci paiono le conseguenze che questo maggiore attivismo della Corte costituzionale produce sui suoi rapporti con il potere legislativo, da un lato, e con quello giudiziario, dall'altro.

Rispetto al legislativo, si è reso più flessibile e permeabile il muro di separatezza che ne caratterizzava i reciproci rapporti specie in materia penale. E questa nuova frontiera della giurisprudenza costituzionale è stata raggiunta essenzialmente attraverso due svolte principali. Da un lato, il venir meno della necessità del *tertium comparationis* nei giudizi di eguaglianza/ragionevolezza, attraverso una giurisprudenza forse ancora non ben definita o un po' ondivaga, che talvolta si fonda sulla cosiddetta "irragionevolezza intrinseca"⁴¹⁵ e talvolta riesuma e utilizza il *tertium comparationis*⁴¹⁶, il quale però in ogni caso non sembra più indispensabile nello schema di giudizio. Dall'altro lato, nella prospettazione della soluzione normativa sostitutiva di quella bollata d'incostituzionalità, è venuto meno il requisito delle cosiddette "rime obbligate", essendo oggi sufficiente che la Corte possa rinvenire nell'ordinamento una soluzione sostitutiva conforme a Costituzione e idonea a ricondurre a conformità costituzionale la disciplina, ancorché non sia l'unica disponibile e tanto meno l'unica ipotizzabile⁴¹⁷. In sostanza, questa evoluzione di straordinario interesse, anche perché in grado di evitare che si formino "zone franche" sottratte al controllo di costituzionalità, fa sì che oggi la Corte possa assumere nel suo sindacato una posizione per così dire *meno intranea*

⁴¹⁵ Sent. 136/2020: «la giurisprudenza costituzionale [ha] gradatamente affrancato il sindacato di conformità al principio di proporzione della pena edittale dalle strettoie della necessità di individuare un preciso *tertium comparationis* [...], privilegiando un modello di sindacato sulla proporzionalità "intrinseca" della pena».

⁴¹⁶ Sent. 137/2020: «solo l'indicazione del *tertium comparationis* idoneo, o comunque di specifici cogenti punti di riferimento, può legittimare l'intervento della Corte costituzionale in materia penale»; sent. 95/2019; sent. 28/2022.

⁴¹⁷ Sent. 40/2019 e sent. 222/2018.

all'orizzonte legislativo⁴¹⁸ e capace conseguentemente di svolgere una funzione di stimolo e sollecitazione, quasi dialogica, nei confronti del legislatore: al quale, infatti, la Corte non si stanca di riconoscere il potere di sostituire la soluzione da essa adottata con altra ritenuta più coerente con l'indirizzo politico del momento, sempre ovviamente nei limiti della compatibilità costituzionale.

Rispetto al potere giudiziario, si sono infittiti negli ultimi anni gli inviti della Corte rivolti ai giudici comuni nel senso di un ridimensionamento degli spazi della loro libertà interpretativa. In primo luogo, non mancano sentenze in cui si formula un deciso richiamo a che, nella sua insopprimibile opera interpretativa, il giudice comune pratichi una maggiore osservanza della *testualità legislativa*⁴¹⁹. E', in secondo luogo, evidente un mutato atteggiamento della Corte quanto alla necessità che sia esperito da parte dal giudice *a quo* il tentativo preliminare di interpretazione conforme a Costituzione della norma sospetta di incostituzionalità⁴²⁰: la Corte è assai meno rigorosa sul punto, così da evitare di sospingere i giudici comuni verso una pratica interpretativa che, nello sforzo di adeguare le norme a Costituzione, poteva implicare da parte loro qualche forzatura interpretativa, rendendoli largamente partecipi se non protagonisti del processo di adeguamento costituzionale dell'ordinamento. In terzo luogo, è molto significativo che la Corte, certamente senza negare il potere-dovere del giudice comune di disapplicare la norma interna incompatibile col diritto eurounitario direttamente applicabile, manifesti preferenza per la questione di legittimità costituzionale sollevata dinanzi alla Corte sulla base dei parametri interposti di cui all'art. 117 Cost., così da garantire una maggiore uniformità e certezza nei rapporti – assai delicati – tra diritto interno e diritto eurounitario⁴²¹.

3. La “continuità evolutiva”, caratteristica del nuovo corso.

Come si vede, si tratta di un processo evolutivo in senso espansivo del ruolo della Corte di grande rilevanza per la vita e per gli equilibri del sistema. Vero ciò, occorre dare atto però di due significative caratteristiche che accompagnano tale processo.

In primo luogo, se è vero che la giurisprudenza costituzionale nel nostro campo muta ed evolve anche marcatamente, ciò avviene sempre nel culto, o forse addirittura con l'“assillo”, del precedente: la Corte tende sempre ad evitare decisioni di rottura e ad accreditare piuttosto l'idea di una *continuità evolutiva* della sua giurisprudenza. E si tratta certamente di un fenomeno apprezzabile: anzi, proprio quando la Corte allarga il raggio d'azione del suo sindacato, come sta avvenendo in questi anni in materia punitiva, allora è ancor più necessario garantire la continuità evolutiva della sua giurisprudenza. In effetti, allorché la Corte ha cominciato a rendere meno impenetrabile il muro della legalità che stringe la materia punitiva, allora è diventato ancor più essenziale che la Corte potesse contare su tutta la sua autorevolezza: e l'autorevolezza si misura, oltre che sulla caratura delle sue sentenze e dei suoi giudici, sul fatto

⁴¹⁸ Sent. 236/2016, ove si parla di «riconduzione a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico».

⁴¹⁹ Sentenze 115/2018; 24/2019; 98/2021.

⁴²⁰ Sent. 93/2022: «ai fini dell'ammissibilità della questione incidentale di legittimità costituzionale è sufficiente che il giudice *a quo* abbia consapevolmente escluso la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, sulla base del tenore letterale della disposizione censurata».

⁴²¹ Sent. 149/2022: «In una materia, come quella penale, dominata dal principio di legalità, la dichiarazione di illegittimità costituzionale assicura – rispetto alla disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice – una tutela dei diritti [...] certa e uniforme nell'intero ordinamento».

che essa non è esposta ai venti mutevoli della politica ma trae alimento dalle radici più profonde, ancorché non staticamente sclerotizzate, dell'ordinamento e della comunità sociale. Ecco che allora la continuità evolutiva garantita dal costante riannodarsi ai precedenti diventa essenziale proprio nei momenti di maggiore protagonismo della Corte.

Da un punto di vista tecnico, la continuità evolutiva è assicurata attraverso un *modus* argomentativo che appartiene per così dire allo stile tipico della Corte: si potrebbe infatti dire che spesso l'evoluzione giurisprudenziale avviene per mezzo di *nuances argomentative*, cioè di sfumature argomentative che accennano a novità di soluzioni, a mutamenti di parametri di giudizio, a più marcati risultati ricostruttivi, destinati a manifestarsi pienamente in un futuro più o meno prossimo. Lo strumento delle *nuances* motivazionali costituisce insomma il modo per far evolvere il pensiero della Corte senza mai rompere seccamente col passato: è questa la continuità evolutiva, che fa anche la forza della Corte evitando che essa venga attratta nel vortice della contingenza politica caratteristica dei tempi attuali.

L'altra caratteristica dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte attiene al punto delicatissimo della sua posizione negli equilibri complessivi del sistema. È difficile negare che la Corte maneggia con crescente incisività i due parametri costituzionali della rieducazione e della proporzione/ragionevolezza, che – grosso modo – riguardano rispettivamente la fisionomia soggettiva-personalistica e la fisionomia oggettiva-valoriale dell'illecito penale. E non c'è dubbio che sempre più frequentemente i meccanismi sanzionatori e la fisionomia dell'illecito escono modificati dalle sentenze di accoglimento della Corte. La potenzialità di quei due parametri è molto forte e, dunque, ben possibile è una tensione dei rapporti col legislatore penale. Tuttavia, mi pare di poter dire che, nonostante ciò, la Corte con la sua giurisprudenza anche più recente è stata ed è un fattore di equilibrio complessivo del sistema. E direi che ciò è dovuto al fatto che la Corte, rimanendo fedele al suo ruolo istituzionale, svolge un ruolo reattivo rispetto al legislatore e mai proattivo. Essa, cioè, non lancia messaggi o programmi innovativi, salvi forse i casi di prolungata e costituzionalmente insopportabile inerzia del legislatore. Per il resto, la Corte reagisce a “deviazioni” legislative e sempre – com'è naturale – in modo puntuale e circoscritto, sulla questione come delimitata dal *petitum*. In ciò e per ciò svolge un ruolo di equilibrio complessivo del sistema e non di radicale innovazione dello stesso, intervenendo sempre per così dire a posteriori su una trama normativa precostituita. Il che, peraltro, non esclude che – come vedremo proprio nell'illecito punitivo – la Corte sappia cogliere, magari attraverso la tecnica delle *nuances* argomentative, significative svolte culturali che avvengono nel terreno o nel sottosuolo della penalità e del punitivo.

II. Origine e significato del sistema punitivo di “doppio livello”.

4. Nascita ed evoluzione dell'illecito amministrativo punitivo.

Il secondo nucleo tematico di questo nostro discorso è costituito dalla formazione del sistema a doppia tipologia di illecito, penale in senso stretto e amministrativo punitivo. Il processo di formazione di tale sistema a “doppio livello” si snoda storicamente lungo due fasi principali.

Nella prima fase si colloca la nascita, sostanzialmente, dell'illecito amministrativo punitivo con la legge 24 novembre 1981, n. 689, allorché per la prima volta viene delineata una disciplina organica di tale illecito, con una vera e propria legge “di sistema”. Senza esitazione diremmo che lo spirito dei tempi di allora era chiaramente nel senso della *diversificazione* delle due tipologie di illecito: in un certo senso quello punitivo si contrapponeva a quello penale

tradizionale. Nella stessa direzione andava, poi, la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983, con la quale venivano formulati criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. La circolare, indirizzata agli uffici legislativi di tutti i ministeri, conquistò una certa notorietà, invero più all'estero che in Italia, come tentativo di razionalizzare la politica sanzionatoria nella gestione degli strumenti punitivi. Lungi dal vincolare la discrezionalità legislativa, impossibile per la stessa natura della fonte, la circolare intendeva però orientarla a favore del nuovo tipo di illecito rompendo l'allora imperante monopolio di quello penale. Questo obiettivo era a sua volta funzionale a scopi ancor più generali: non solo quello per così dire efficientistico di alleggerire il carico degli affari penali gravanti sulla macchina giudiziaria, ma anche quello di dare piena attuazione ai principi sommi di estrema *ratio* e di sussidiarietà del diritto penale, in aderenza a quanto ricavabile dalla Costituzione⁴²².

Naturalmente, questa strategia di politica sanzionatoria di largo respiro presupponeva una netta *differenziazione* di disciplina e di garanzie tra i due tipi di illecito, che andasse oltre la ripartizione di competenza tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa rispettivamente per l'illecito penale e per quello punitivo amministrativo.

La seconda fase storica è segnata da un percorso sostanzialmente inverso della politica sanzionatoria, che va, cioè, nel senso di un progressivo *avvicinamento* tra i due tipi di illecito. E ciò essenzialmente sotto la spinta proveniente dal concetto euroconvenzionale di identità della *matière pénale*. L'inevitabile conseguenza di questo nuovo corso è, in primo luogo, la tendenziale omogeneizzazione delle garanzie dei due tipi di illecito⁴²³. Ma non solo: in effetti, l'avvicinamento tra le due tipologie punitive comporta anche l'incremento del cosiddetto "doppio binario", cioè di quella soluzione legislativa per cui in un medesimo campo di materia illecito penale e illecito amministrativo *si cumulano*, spesso venendo ad insistere addirittura sugli stessi fatti illeciti. Ed invero, una volta che le due tipologie d'illecito siano avvicinate, non si vede perché il legislatore debba rinunciare ad aggiungere alla stigmatizzazione propria del penale la maggiore efficacia repressiva notoriamente propria dell'illecito amministrativo.

Si giunge così ad un vero e proprio *capovolgimento* della logica originaria che aveva guidato nel 1981, e ancor prima coi vari provvedimenti di depenalizzazione, la creazione dell'illecito amministrativo punitivo. Si abbandona, cioè, la prospettiva di un alleggerimento della penalizzazione per arrivare ad un sistema sostanzialmente binario, in cui l'illecito amministrativo si pone in posizione non più alternativa ma parallela, se non addirittura cumulativa, con quello penale.

5. Il senso della tendenziale unificazione nella categoria dell'illecito punitivo.

A questo punto è ineludibile interrogarsi su come valutare questo mutamento dell'assetto dei rapporti tra le due tipologie d'illecito. E in questa sede interessa soprattutto procedere a questa valutazione alla luce della giurisprudenza sviluppata in proposito dalla Corte costituzionale. In estrema sintesi, diremmo che due sono i punti di vista dai quali si può effettuare questa valutazione: uno che diremmo *funzionalistico* e l'altro che diremmo *assiologico*.

⁴²² Sent. 68/2017: un completo «assorbimento dell'illecito amministrativo nell'area di ciò che è penalmente rilevante» costituirebbe «una frizione con il principio costituzionale di sussidiarietà, il quale continua ad assicurare l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale»; sent. 43/2017.

⁴²³ Ord. 117/2019; sent. 32/2020: «la giurisprudenza costituzionale ha [...] già esteso le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. a norme non qualificate formalmente come penali dal legislatore».

Se si muove da un punto di vista funzionalistico, di economia ed efficienza complessiva del sistema, è chiaro che i due tipi di illecito dovrebbero essere differenziati quanto a disciplina e garanzia, in modo da costituire una reale *alternativa* a disposizione della politica sanzionatoria (da praticare nel modo più razionale possibile, attraverso appunto il ricorso a criteri distintivi degli illeciti “sostanziali”). E questo era per l'appunto l'obiettivo della depenalizzazione e dei numerosi provvedimenti che per non pochi anni si susseguirono.

Nella prospettiva dell'alternatività tra le due tipologie d'illecito si acuisce senza dubbio il problema nascente dalla Cedu e dal suo concetto di unitarietà della materia punitiva, che postula – appunto – unità di disciplina e di garanzie. Il problema aveva trovato una ragionevole soluzione mediante la distinzione, valida all'interno dell'ordinamento nazionale, tra garanzie *convenzionali*, operanti in rapporto a tutti gli illeciti punitivi, e garanzie *costituzionali*, operanti in rapporto ai soli illeciti penali in senso stretto⁴²⁴. E così, ad esempio, mentre la riserva assoluta di legge costituirebbe una garanzia costituzionale imposta dall'art. 25 Cost. per i soli illeciti penali, la prevedibilità della decisione costituirebbe una garanzia convenzionale imposta dall'art. 7 Conv. Eur. per tutti gli illeciti punitivi. E ancora: mentre la rieducazione costituirebbe un imperativo costituzionale che l'art. 27 Cost. riferisce solo alla pena “criminale”, il divieto di trattamenti inumani e degradanti sarebbe posto dall'art. 3 Conv. Eur. per tutti gli interventi sanzionatori.

Se si muove, invece, da un punto di vista assiologico, di valore, si comprende la tendenza forte alla omogeneizzazione delle due tipologie degli illeciti. Si tratta di una tendenza ormai spesso affiorante, anzi presente, nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁴²⁵, anche se spesso espressa sotto forma di quelle *nuances* argomentative che valgono a veicolare mutamenti giurisprudenziali nel rispetto della continuità evolutiva di cui s'è detto. E, a nostro avviso, questa tendenza alla omogeneizzazione degli illeciti ha il significato di una svolta di grande rilevanza storico-culturale, sulla quale vale la pena soffermarsi brevemente.

Se noi ragioniamo negli esclusivi termini del contenuto afflittivo della sanzione, non c'è dubbio che dovremmo concludere nel senso della netta differenziazione degli illeciti per la stringente ragione che solo la sanzione penale ha un contenuto afflittivo incidente (direttamente o indirettamente) sulla libertà personale. Ed era senz'altro questo il presupposto assiologico su cui si fondava la prima fase della storia dell'illecito amministrativo, quella in cui esso si manifestò in chiave alternativa e differenziata rispetto al tradizionale illecito penale. Oggi, però, si tende a superare questa visione puramente contenutistica e in qualche modo quasi “*materialistica*” della sanzione punitiva. L'accento non cade più tanto sul contenuto afflittivo direttamente incidente sui diversi beni personali, ma si sposta sull'efficacia della sanzione punitiva di condizionamento della libertà di autodeterminazione dell'individuo⁴²⁶. Si compie così un vero e proprio salto di qualità, poiché si passa dal più ristretto orizzonte della libertà fisica (il vecchio *habeas corpus*) alla valorizzazione della libertà morale. E allora, sotto questo profilo, le due sanzioni punitive, penale e amministrativa, per il solo fatto di essere punitive sono sostanzialmente eguali anche sotto il profilo delle garanzie.

A noi pare di poter dire che questo vero e proprio salto di qualità è stato certamente propiziato dalla giurisprudenza Cedu sulla unità della *matière pénale*, ma esso corrisponde a una

⁴²⁴ Sent. 68/2017.

⁴²⁵ Sent. 95/2022: le sanzioni amministrative a carattere punitivo condividono con le pene «il carattere reattivo rispetto a un illecito, per la commissione l'ordinamento dispone che l'autore subisca una sofferenza in termini di restrizione di un diritto».

⁴²⁶ Non è un caso che anche la *ratio* del principio di legalità si sia spostata dal piano delle fonti a quello del diritto all'autodeterminazione: sent. 198/2022.

tendenza assai più profonda e generale che coinvolge la concezione dei diritti che oggi viene sempre più consolidandosi. In effetti, si può forse parlare attualmente di un processo di “smaterializzazione” del contenuto dei diritti fondamentali: più o meno acquisiti i diritti corrispondenti alle esigenze più estrinseche ed essenziali dell’uomo, oggi si guarda sempre più alle esigenze morali ed immateriali della persona. E così vengono formandosi diritti alla genitorialità, all’affettività, all’eguaglianza e, soprattutto, alla dignità. Logico e coerente, dunque, che nell’ambito della punitività la garanzia si sposti dalla materialità dei diritti di libertà alla libertà di autodeterminazione. Vista sotto questo profilo, l’omogeneizzazione delle due tipologie di illecito s’inserisce in un trend generale e probabilmente irreversibile, che ha uno spiccato significato storico-culturale proprio dal punto di vista costituzionale. Non c’è dubbio, però, che questo processo di avvicinamento e alla fine di unificazione delle due tipologie d’illecito fa passare in secondo piano i vantaggi funzionali connessi alla possibilità di distinguerle nettamente fomentando per contro il ricorso al cosiddetto doppio binario punitivo.

III. Rapporti tra illecito penale e illecito punitivo amministrativo.

6. Punti di distanza tra i due tipi di illecito.

L’ultima parte di queste nostre considerazioni è dedicata ad una breve analisi più ravvicinata dei rapporti tra le due tipologie d’illecito, visti principalmente sotto il profilo delle loro garanzie. E questa sorta di rassegna può essere svolta esaminando, da un lato, i principali punti di *contatto* e, d’altro, i più significativi aspetti di *distanza*.

Cominciando da questi ultimi, i punti di distanza, si può forse dire che le differenze tra i due illeciti sono spesso più apparenti che reali. L’unico vero principio rispetto al quale illecito penale e illecito amministrativo si separano nettamente è quello della *finalità rieducativa* della pena, che contrassegna in modo sempre più marcato il primo, mentre la si direbbe totalmente assente nel secondo. Senza indugiare sulle possibili ragioni sostanziali di questa divaricazione, che peraltro sono abbastanza intuitive e attengono ai contenuti di disvalore degli illeciti, rispettivamente espressivi o meno di una personalità del loro autore, va però segnalata una peculiarità del nostro ordinamento. Oggi noi conosciamo anche una responsabilità *da reato* degli enti, che formalmente è qualificata come “amministrativa”. Ebbene, è noto che nel sistema della responsabilità degli enti s’innesta una forte componente rieducativa, in virtù della quale l’apparato sanzionatorio a carico dell’ente è fortemente indirizzato a “recuperare” la sua compagine organizzativa in modo da ridurre il rischio di commissione di reati a vantaggio o nell’interesse dell’ente. Peraltro, la constatazione non inficia il nostro assunto, essendo evidente che la qualificazione formale della responsabilità dell’ente come amministrativa non esclude che ci muoviamo su un terreno in realtà penale, in quanto concernente fatti di natura criminale.

La *riserva di legge*, in secondo luogo, sembrerebbe essere un “luogo” in cui i due illeciti si allontanano, posto che si ribadisce, da un lato, la natura assoluta di quella in penale mentre, dall’altro, la riserva di legge in materia amministrativa punitiva sarebbe semplicemente relativa⁴²⁷. Ma si può ben dire che in realtà le cose stiano un po’ diversamente dalla schematica distinzione precedente. Invero, con riferimento alla materia propriamente penale, è noto il processo di sostanziale relativizzazione che la riserva ha subito in materia penale ad opera dell’ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha fatto propria la teoria

⁴²⁷ Sent. 5/2021.

della cosiddetta “sufficiente determinatezza” dei presupposti legali della fonte secondaria chiamata a integrare il contenuto del precetto. Per contro, nelle più recenti sentenze della Corte in tema di riserva di legge in campo amministrativo, è dato di notare affermazioni che tendono ad un certo irrigidimento della riserva, pur continuando a riconoscerne la natura (tendenzialmente?) relativa⁴²⁸. Così che alla fine anche in rapporto principio della riserva di legge si coglie un certo avvicinamento tra le due tipologie d’illecito. Rimane, invece, la distinzione concernente il ruolo della legge regionale, ammessa come possibile fonte dell’illecito amministrativo es esclusa per quello penale.

In terzo luogo, un altro principio rispetto al quale i due illeciti sembrano effettivamente più distanti è quello di offensività. Esso attiene esclusivamente all’illecito penale e, in verità, la Corte costituzionale ha compiutamente elaborato una sorta di statuto dell’offensività *penale*⁴²⁹, pur senza giungere a collegarlo in modo stringente con la teoria dei beni giuridici costituzionalmente rilevanti. Nella giurisprudenza della Corte si trova ormai consolidata la distinzione tra offensività in astratto (rivolta al legislatore) e in concreto (rivolta al giudice); così come è altrettanto consolidata l’affermazione che il necessario contenuto offensivo del reato non esclude una sua configurazione in termini di pericolo, non solo concreto ma anche astratto. Un apparato concettuale, questo, che non trova invece riscontro a proposito dell’illecito amministrativo, confermando così che lo spazio naturale di quest’ultimo è proprio quello o della tutela di interessi non primari o della tutela anticipata di interessi primari secondo modalità neppure astrattamente offensive degli stessi. Insomma, l’illecito amministrativo non incontra il vincolo dell’offensività. Senonché, vero tutto ciò, è anche vero che la Corte costituzionale fa un uso davvero parsimonioso del parametro dell’offensività, riassorbendolo semmai come criterio interno al giudizio di proporzione e ragionevolezza, che è però, quest’ultimo, un tipo di giudizio largamente impiegato anche in rapporto all’illecito amministrativo. Così che, alla fine, anche il principio di offensività in realtà non contribuisce più di tanto a fare la differenza tra illecito penale ed illecito amministrativo, dovendosi semmai fin d’ora osservare come il sindacato di ragionevolezza e proporzione sia in grado di operare con un raggio d’azione e attraverso una molteplicità di criteri davvero sempre più ampi.

Infine, vi è stato un momento in cui è sembrato che la Corte costituzionale volesse creare una divaricazione tra i due tipi d’illecito, e precisamente in tema di retroattività *in mitius*. Nonostante che questo principio abbia radici comuni all’intera materia punitiva⁴³⁰, la sentenza 47/2017 ebbe ad affermare che la retroattività della disciplina più favorevole, conseguente alla dichiarazione d’incostituzionalità di una norma punitiva, si arresta di fronte al giudicato qualora si tratti di illecito amministrativo. Siffatta soluzione differenziata, che trovava espressione nel tenore letterale dell’art. 30, quarto comma, della legge 87 del 1953, non fu allora ritenuta in contrasto neppure con l’art. 7 Conv. Eur. e col principio di retroattività favorevole ivi affermato per tutte le sanzioni punitive: la nostra Corte, infatti, ebbe a precisare che nella giurisprudenza di Strasburgo non è dato rintracciare un’interpretazione tale da esigere che gli Stati sacrificino il principio dell’intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme poi dichiarate costituzionalmente illegittime. Successivamente, però, la Corte costituzionale ha mutato d’avviso, arrivando alla dichiarazione d’incostituzionalità dell’art. 30, quarto comma, l. 87/1953 in quanto interpretato

⁴²⁸ Sent. 5/2021; sent. 276/2016: «la necessità che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire risulta pur sempre ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall’art. 25, secondo comma, Cost.».

⁴²⁹ V. da ultimo sent. 211/2022.

⁴³⁰ Sent. 198/2022.

nel senso che esso non si applica in relazione alla sanzione amministrativa a connotazione punitiva: l'esigenza che quest'ultima risulti conforme a Costituzione lungo tutto il corso della sua esecuzione deve infatti prevalere sulle esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici tutelate dall'intangibilità del giudicato (sent. 68/2021).

7. Punti di contatto tra i due tipi di illecito.

È ora il momento di passare in rapida rassegna i punti di *contatto*, in cui illecito penale e illecito amministrativo tendono ad avvicinarsi o identificarsi quanto a garanzie e principi fondamentali. Ed invero non sono pochi i profili di disciplina che presuppongono una sostanziale omogeneità degli illeciti.

Il primo e più evidente è quello della successione di leggi. Come ben si sa, è ormai consolidato l'orientamento della Corte costituzionale riguardo all'ipotesi, tutt'altro che infrequente, in cui un illecito penale venga trasformato in illecito amministrativo, rimanendo la sua struttura pressoché invariata, attraverso uno dei numerosi provvedimenti di depenalizzazione. Ebbene, la Corte ha ripetutamente affermato che nulla osta all'applicazione retroattiva della nuova fattispecie di illecito amministrativo, a condizione però che la nuova legge sia più favorevole⁴³¹. In sostanza, siamo in presenza di un'applicazione dell'art. 2 c.p. la quale presuppone ovviamente l'omogeneità degli illeciti previsti dalle due leggi tra loro in successione. Senza che ciò comporti nessuna violazione del principio di irretroattività di cui agli artt. 25.2 Cost. e 7 Conv. Eur., che pure valgono anche in rapporto agli illeciti punitivi amministrativi⁴³².

L'idea della omogeneità degli illeciti ai fini della successione di leggi, e del sovraordinato principio di irretroattività sfavorevole, viene ancor più rafforzata da un'ulteriore precisazione della Corte: si sottolinea, infatti, che il carattere più o meno favorevole della nuova legge deve essere accertato con una valutazione non solo in concreto, ma che anche tenga conto del complessivo carico sanzionatorio previsto dalla nuova legge amministrativa, ad esempio allorché venga comminata la confisca amministrativa prima non prevista⁴³³. Ciò significa che la omogeneità sostanziale degli illeciti fa aggio anche sulla eventuale diversità tipologica delle sanzioni, in una prospettiva dunque marcatamente garantista in cui ciò che conta è la natura *punitiva* della sanzione, desumibile dalla sua afflittività e dalla funzione di prevenzione generale negativa⁴³⁴.

Un altro principio a fronte del quale viene esaltata la omogeneità degli illeciti è quello del *ne bis in idem*. È infatti agevole notare come il divieto di sanzionare due volte lo *stesso* fatto presupponga l'omogeneità della duplice qualificazione giuridica di quel fatto. Ribadito che la nozione di *idem factum* non è naturalistica ma giuridica, il divieto del *bis in idem* può operare solo quando la doppia qualificazione giuridica abbia natura omogenea. E il nodo del problema sta ovviamente proprio qui, cioè nell'accertamento della natura delle due qualificazioni giuridiche.

⁴³¹ Sent. 96/2020.

⁴³² Sent. 223/2018, rimanendo peraltro il problema di individuare la natura *punitiva* della sanzione amministrativa, sul quale v. sent. 276/2016 e sent. 196/2010.

⁴³³ Sent. 223/2018.

⁴³⁴ Sent. 63/2016: «non v'è dubbio [...] che la sanzione amministrativa prevista dall'art. 187 *bis* [d.lgs. 72/2015] – la cui elevatissima carica afflittiva si spiega in funzione di deterrenza, o prevenzione generale negativa, certamente comune anche alla pena in senso stretto – abbia natura punitiva, [...] non potendo essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti».

Indubbiamente, c'è una certa riluttanza ad affermare *una volta per tutte*, in via generale e astratta, che la doppia qualificazione dell'illecito come penale e amministrativo violi automaticamente il *ne bis in idem* proprio in ragione della sottostante omogeneità. Tanto è vero che la Corte europea di giustizia, che tanto ha contribuito a far emergere il principio, non è però riuscita ad andare al di là di una “devoluzione” al giudice dell'accertamento in concreto, di volta in volta, del carattere omogeneo degli illeciti e dunque della violazione del *ne bis in idem*. Meglio ha fatto la nostra Corte costituzionale che ha preso una decisione riconoscendo una volta per tutte la violazione del *ne bis in idem* nell'impossibilità di evitare un doppio processo a norma dell'art. 649 c.p.p. allorché il processo penale segua all'irrogazione della sanzione amministrativa⁴³⁵.

Pertanto, i limiti della sentenza sono evidenti e sono quelli derivanti dal *petitum* formulato dal giudice *a quo*. In primo luogo, la dichiarazione d'incostituzionalità è stata resa con esclusivo riferimento al “doppio binario” previsto dalla legislazione sulla tutela del diritto d'autore, rimanendo aperta la questione per tutte le altre discipline in cui è adottato il “doppio binario”. In secondo luogo, e soprattutto, la Corte ha operato – secondo il *petitum* – sul piano del *ne bis in idem* processuale: e quest'ultimo ha una *ratio* evidentemente diversa da quello sostanziale, che, se non ne prescinde, certo valorizza assai meno il presupposto della omogeneità sostanziale degli illeciti. Tuttavia, va sottolineato come la Corte abbia ben chiara la problematicità del “doppio binario” rispetto al principio del *ne bis in idem* sostanziale⁴³⁶ nell'implicito presupposto di una (quantomeno tendenziale) omogeneità sostanziale delle due tipologie degli illeciti: in definitiva, la diversa natura giuridica formale degli illeciti non può costituire ostacolo ad una valutazione del complessivo carico sanzionatorio sotto il profilo della proporzione.

Concludendo sul punto del *ne bis in idem*, sembra che ci si trovi attualmente in una situazione ancora in evoluzione, caratterizzata da molte *nuances* argomentative, in cui da un lato la Corte auspica che l'intrinseca problematicità del “doppio binario” sia risolta con soluzioni legislative⁴³⁷, ma dall'altro non esclude affatto la possibilità di intervenire attraverso il principio di proporzione laddove non sia ravvisabile una sicura eterogeneità degli illeciti.

8. La proporzione/ragionevolezza in particolare.

Quasi senza avvedercene siamo così arrivati al grande tema della proporzione e della ragionevolezza: due parametri capaci di grandi *performances*, che operano su un terreno vastissimo dell'ordinamento in cui anche la contrapposizione tra illecito penale e illecito amministrativo sembra destinata a saltare⁴³⁸.

Innanzitutto, va detto che la proporzione della pena non è più un corollario un po' meccanicisticamente desunto dal principio rieducativo della pena secondo uno schema solo apparentemente razionale. Le cadenze sono note: l'efficacia rieducativa della pena presuppone che sia “sentita come giusta” dal condannato; e la “giustizia” della pena implica, a sua volta, che essa sia proporzionata. Uno schema ove la retribuzione sembra affacciarsi sotto le indefinite spoglie della “giustizia” al solo fine di dare ingresso alla proporzione, garantendo

⁴³⁵ Sent. 149/2022.

⁴³⁶ Sent. 145/2020, ove il doppio binario viene ritenuto un'opzione legislativa tendenzialmente “eccezionale”.

⁴³⁷ Sent. 43/2018.

⁴³⁸ Sentenze 112/2019; 212/2019; 146/2021; 266/2022: «il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito è applicabile alla generalità delle sanzioni amministrative».

così a quest'ultima il rango costituzionale dell'art. 27. 3 Cost. Ebbene, ormai sembra di poter dire che la proporzione è piuttosto un *canone generale* di legittimità costituzionale, che riguarda *tutti* gli interventi autoritativi di limitazione dei diritti, a cominciare ovviamente dalla pena criminale. Ma anche andando molte oltre, travolgendo così barriere e steccati di natura prevalentemente estrinseca se non proprio formale. Se ormai è acquisita l'operatività della proporzione in rapporto a tutte le sanzioni *punitive*⁴³⁹, sembra peraltro profilarsi un'utilizzazione invero più ampia di quel principio, in coerenza del resto con la sua vocazione naturale di limite generale al potere pubblico autoritativo.

Ma la proporzione/ragionevolezza, non solo rivela uno spettro applicativo esteso "quantitativamente", ma soprattutto si rivela "qualitativamente" un parametro di giudizio dotato ormai di una sorta di statuto ben articolato e consolidato che gli garantisce un alto grado di incisività. Una recente sentenza (5/2023), resa per l'appunto in materia di confisca amministrativa, ben riassume l'insieme dei test di cui risulta costituito il giudizio di proporzione in una sorta di vera e propria progressione: in primo luogo, l'intervento limitativo dei diritti deve risultare *idoneo* a raggiungere lo scopo perseguito dal legislatore (ferma restando la ineludibile premessa della legittimità di detto scopo finale); in secondo luogo, la soluzione legislativa *sub iudice* deve essere *necessaria*, nel senso che il medesimo risultato non potrebbe essere perseguito con uno strumento meno limitativo dei diritti; in terzo luogo, superati positivamente i due testi anzidetti, la soluzione legislativa deve tradurre un ragionevole bilanciamento tra gli interessi con essa perseguiti e quelli antagonisti sacrificati con la stessa.

Con particolare riguardo, poi, alla materia punitiva, il giudizio di proporzione/ragionevolezza investe tanto la fisionomia del precetto quanto il trattamento sanzionatorio. Nonostante i nessi logici e pratici tra le due facce della medaglia, esse rimangono concettualmente distinte. E così, infatti, nonostante sia confermata in linea di principio la discrezionalità del legislatore nella configurazione del precetto, ciò nondimeno quest'ultimo potrà essere sindacato allorché implichi un'inutile compressione di un diritto di libertà o quando il fatto penalmente illecito sia privo di offensività (rivelandosi così il principio di offensività uno dei tanti criteri di valutazione interni al giudizio di proporzione/ragionevolezza).

Quanto al trattamento sanzionatorio, la dosimetria della sanzione sembra proprio costituire oggi il campo di elezione dell'espansione del controllo di costituzionalità nella materia punitiva, anche qui nonostante che la determinazione legislativa della risposta sanzionatoria sia sempre stata ritenuta tendenzialmente sottratta al controllo di costituzionalità. Anzi, deve essere sottolineato come la Corte abbia ormai sviluppato il suo controllo non solo sulla proporzione in astratto ma anche sulla proporzione in concreto⁴⁴⁰. Nel senso, cioè, che il sindacato non riguarda solo il rapporto di congruità tra disvalore dei fatti ricompresi nella fattispecie astratta e *quantum* della pena edittale, ma si estende a colpire tutte quelle norme che in un modo o nell'altro impediscono l'adeguamento della pena in concreto irrogata al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto storico: entra dunque in campo l'idea di una giustizia del caso concreto che ha grandi ripercussioni sul giudizio di proporzione/ragionevolezza delle norme punitive. In particolare, vale la pena di notare come

⁴³⁹ Sent. 95/2022, ove ancora sembra circoscrivere il principio di proporzione alle sanzioni punitive.

⁴⁴⁰ Sent. 244/2022: viene estesa l'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 171 n. 2 c.p.mil. pace al delitto di cui all'art. 167.1 c.p.mil. pace in quanto la pena minima prevista per quest'ultimo è «incapace di adeguarsi al suo concreto disvalore»; sent. 246/2022, ove la proporzione di una sanzione amministrativa (revoca della patente obbligatoria) viene valutata anche in rapporto alle sue «ripercussioni [...] su aspetti essenziali della vita, nella sua quotidianità, e del lavoro».

l'esigenza della proporzione in concreto abbia ormai condotto la Corte ad affermare una sorta di "presunzione" (relativa) di illegittimità delle pene comminate in misura fissa anche quando si tratti di sanzioni amministrative⁴⁴¹. Addirittura, in nome di questa esigenza di giustizia del caso concreto, la Corte si è spinta ad adottare una sentenza puramente ablativa in un'ipotesi in cui non le era possibile sostituire la previsione edittale fissa con altra costituzionalmente conforme rintracciabile nell'ordinamento⁴⁴².

Incidentalmente, poi, si può osservare come, in una recente sentenza, questo giudizio sulla proporzionalità in concreto della risposta sanzionatoria abbia non solo riguardato una sanzione amministrativa, ma abbia portato la Corte a considerare tra i criteri della necessaria proporzione in concreto anche elementi attinenti alla personalità dell'autore dell'illecito⁴⁴³: sembra, dunque, di poter dire che sotto l'ombrello della proporzione sanzionatoria in concreto si sia attenuata la tradizionale distinzione tra illecito penale e illecito amministrativo, per cui quest'ultimo è prevalentemente connotato da un disvalore oggettivo.

Non si può, infine, non sottolineare come i criteri interni al giudizio di proporzione/ragionevolezza abbiano una natura sia funzionale sia assiologica. Funzionali sono i criteri in base ai quali viene, ad esempio, valutata la idoneità allo scopo di una certa previsione punitiva⁴⁴⁴; assiologici sono invece quei criteri che si fondano sul valore sociale del bene tutelato e dell'offesa o mediante i quali viene effettuata una comparazione – ai fini del corretto bilanciamento – tra valori diversi e confliggenti⁴⁴⁵. Se i primi possono contare su una maggiore oggettività talvolta desumibile anche con l'ausilio di un sapere esterno alla Costituzione o addirittura scientifico, i secondi, pur essendo tendenzialmente interni alla trama valoriale della Costituzione, sono doverosamente desunti attraverso operazioni interpretative e valutative che tengono conto dell'evoluzione socio-culturale in cui vive la Costituzione.

Allo stato attuale il giudizio di ragionevolezza/proporzione sembra lo strumento per così dire più avanzato del controllo di costituzionalità delle previsioni punitive, sotto la cui forte incisività cade l'eterogeneità delle due tipologie di illecito. Il che tuttavia non esclude che, per quanto concerne le altre garanzie costituzionali, quali legalità, colpevolezza, offensività, ecc., la diversificazione tra illecito penale e illecito amministrativo continui ad avere una sua ragion d'essere essenzialmente funzionale alla migliore efficienza del sistema (senza che ciò significhi certificare la recessività di quelle ineludibili garanzie).

⁴⁴¹ Sent. 40/2023.

⁴⁴² Sent. 185/2021.

⁴⁴³ Sent. 88/2023.

⁴⁴⁴ Sent. 233/2018: «Nel verificare la legittimità costituzionale delle scelte legislative inerenti alla configurazione delle fattispecie incriminatrici o alla qualità e quantità delle pene, non si può non tenere nel debito conto che le stesse dipendono non solo dal bene o dai beni giuridici tutelati, astrattamente valutati, ma anche dalle finalità che, nel contesto storico in cui le opzioni in parola vengono operate, il legislatore persegue; né può disconoscersi il rilievo che occorre ascrivere agli effetti indiretti che i fatti incriminati vengono a produrre nell'ambiente sociale in cui si realizzano». Sent. 28/2022, in tema di criterio di ragguaglio della pena pecuniaria sostitutiva, che viene dichiarato incostituzionale per contrasto – in sostanza – con le condizioni di redditualità diffuse nel Paese.

⁴⁴⁵ Sent. 95/2020, sulla proporzione della sanzione amministrativa per gli atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p., come modificato dal d.lgs. 8/2016), ove si argomenta ampiamente in chiave di «disvalore limitato» della fattispecie. Sent. 55/2021, che dichiara incostituzionale il divieto di prevalenza della diminuzione di cui all'art. 116.2 c.p. sulla recidiva reiterata, in quanto contrario, tra l'altro, ad un corretto bilanciamento tra il principio della personalità della responsabilità e l'esigenza di contrasto alla criminalità associativa.

PARTE IV

LE DECISIONI DELLA CORTE

Roberto Pinardi

Le pronunce della Corte costituzionale ed il tempo dei relativi effetti: dall'efficacia differita alla "anticipazione" del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione⁴⁴⁶

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'efficacia nel tempo delle pronunce d'incostituzionalità. – 3. Descrizione delle caratteristiche essenziali delle tecniche decisionali analizzate. – 3.1. Le sentenze di «incostituzionalità differita». – 3.2. L'anticipazione del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione. – 4. Alcuni rilievi critici. – 4.1. Accoglimento ex nunc e natura incidentale del controllo di costituzionalità. – 4.2. Tecnica Cappato, art. 136, comma 1, Cost., separazione dei poteri. – 5. Una possibile obiezione: la Corte deve (comunque) «rendere giustizia costituzionale». – 6. Per concludere. Contenuto ed effetti delle declaratorie d'incostituzionalità.

1. Premessa.

Buon pomeriggio a tutte e a tutti.

Volevo innanzitutto ringraziare la Scuola superiore della magistratura, il Presidente Lattanzi ed il Dott. Leo per il graditissimo invito a tenere questa relazione.

Inizio evidenziando che dopo il corposo dibattito che si è sviluppato tra il finire degli anni Ottanta e gli anni Novanta del secolo scorso – e che ha dato vita, tra l'altro, nel 1988, al primo Seminario svoltosi presso Palazzo della Consulta⁴⁴⁷ – il tema degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento – o, meglio, del governo di tali effetti da parte della Corte costituzionale – è di nuovo al centro dell'interesse degli studiosi in ragione di alcune importanti novità che sono state introdotte, dalla Corte, negli ultimi anni.

Visto che si tratta di orientamenti giurisprudenziali che si configurano come eccezioni rispetto al consueto fluire nel tempo degli effetti dell'accoglimento, è opportuno ricordare, in premessa e sia pure in estrema sintesi, qual è il quadro dei "normali" effetti temporali delle dichiarazioni di incostituzionalità e – soprattutto, aggiungerei – qual è la loro base normativa.

⁴⁴⁶ La presente relazione è aggiornata alla data 16 Giugno 2022

⁴⁴⁷ Il riferimento è a AA.VV. (1989), *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del Seminario svoltosi in Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè.

2. L'efficacia nel tempo delle pronunce d'incostituzionalità.

Gli effetti *pro futuro* dell'accoglimento discendono già, pianamente, dal dettato costituzionale, ossia dall'art. 136, comma 1, Cost., il quale dispone, come ben sappiamo, che la legge dichiarata illegittima «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

Qui, in verità, visto il significato non univoco del termine “pubblicazione”, andrebbero distinti, a rigore, due termini iniziali dai quali decorrono gli effetti dell'accoglimento, perché, da un lato, in riferimento al giudizio *a quo*, si deve ricordare che la sentenza della Corte viene trasmessa al giudice rimettente entro due giorni dal suo deposito in cancelleria, ai sensi art. 29 della l. 11 marzo 1953, n. 87. Di modo che appare ragionevole ritenere che, nei confronti di chi solleva la questione, gli effetti della pronuncia decorrono appunto da tale momento, che può essere, eventualmente, anteriore rispetto a quello della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale o sul Bollettino ufficiale della Regione; dall'altro, per quanto riguarda, invece, gli effetti *erga omnes* dell'accoglimento, ciò che rileva è ovviamente quest'ultima pubblicazione (cioè quella sulla Gazzetta ufficiale o sul Bollettino ufficiale), in considerazione del carattere generale della vicenda che l'accoglimento determina a livello di vigenza delle norme interessate.

Circa la fonte, invece, degli effetti c.d. “retroattivi” delle dichiarazioni di incostituzionalità, la questione è un po' più complessa.

Senza rifare la storia di una problematica tanto complessa ed assai discussa in passato, mi limito qui a ricordare che, per alcuni studiosi⁴⁴⁸, tali effetti sono già ricavabili dallo stesso tenore dell'art. 136, comma 1, Cost. che ho appena richiamato.

Secondo altri, invece⁴⁴⁹, essi discendono da previsioni normative successive all'entrata in vigore del dettato costituzionale e più precisamente vanno ricondotti a quanto dispone l'art. 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953 secondo cui, com'è noto: «Le norme dichiarate incostituzionali» non tanto, attenzione, cessano di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione – ciò che potrebbe voler dire, *a contrario*, che fino a quel giorno l'efficacia della legge dichiarata illegittima permane nonostante la pronuncia di accoglimento – quanto piuttosto, sempre dal giorno successivo alla pubblicazione: «Le norme dichiarate incostituzionali non possono più avere applicazione». Laddove, peraltro, è importante rilevare che, anche chi aderisce a questo secondo orientamento esegetico, sostiene l'esistenza di un fondamento comunque costituzionale del prodursi degli effetti “retroattivi” dell'accoglimento, ossia sostiene che quanto prescrive l'art. 30, appunto, della legge *ordinaria* n. 87 del 1953 deve considerarsi (e qui cito Gustavo Zagrebelsky)⁴⁵⁰ «conseguenza costituzionalmente necessaria, per il giudizio *a quo*, del sistema incidentale previsto dall'art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 e, per gli altri giudizi iniziati o iniziabili, del principio di eguaglianza, nel significato tradizionale di pari soggezione alla legge».

Con riferimento, quindi, agli effetti “retroattivi” dell'accoglimento si determina la classica dicotomia tra rapporti, che siano sorti sulla base della legge dichiarata illegittima e che risultino tuttora “pendenti” e rapporti, viceversa, “esauriti”.

⁴⁴⁸ Tra questi ricordo, per tutti, A. PACE, *Per la Costituzione. Scritti scelti*, I, Napoli, 2019, spec. 203-206.

⁴⁴⁹ Cfr. l'elenco che ne faccio in R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 18, nota 38.

⁴⁵⁰ *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni cost.*, 1989, 68.

Più precisamente: spetta al legislatore stabilire, in via generale ed astratta, in quali casi una situazione giuridica debba considerarsi ormai “consolidata” e dunque “insensibile” alla dichiarazione di illegittimità della legge che la riguarda. Avremo quindi la configurazione normativa di istituti quali il passaggio “in giudicato” della sentenza oppure la prescrizione di un diritto o ancora la preclusione all’impugnazione di un atto processuale.

Compete, invece, agli operatori del diritto in genere – e, ovviamente, ai giudici in particolare – applicare in concreto tali istituti e quindi avere, di fatto, l’ultima parola sulla portata, nei singoli casi che sono sottoposti alla loro attenzione, degli effetti “retroattivi” della dichiarazione di incostituzionalità.

Rimane da accennare, infine, al fatto che, rispetto allo schema che ho sin qui delineato, fa eccezione, com’è risaputo, la materia penale, se è vero che ai sensi del quarto comma dello stesso art. 30 della l. n. 87, l’accoglimento travolge, in questo caso, anche la sentenza irrevocabile di condanna, facendone infatti cessare «la esecuzione e tutti gli effetti penali», nell’ipotesi in cui tale sentenza sia stata pronunciata sulla base di una norma successivamente annullata dalla Consulta.

Abbiamo quindi acquisito un primo elemento di una certa importanza, che potrà tornarci senz’altro utile nel prosieguo della trattazione e che potrebbe essere sintetizzato nel modo che segue. Se è vero che la disciplina che regola il processo costituzionale è alquanto *sui generis*, in quanto essenziale, in larga parte proveniente dalla stessa Consulta e spesso aperta, per le formulazioni utilizzate, a diverse, possibili letture⁴⁵¹, lo è altrettanto, tuttavia, che questa affermazione di carattere generale non regge in rapporto allo specifico oggetto di cui stiamo discutendo. Perché non siamo affatto in presenza, in questo caso, di formule generiche come quelle di rilevanza o di non manifesta infondatezza, per fare solo due esempi, quanto piuttosto di un sistema normativo che fissa il prodursi degli effetti nel tempo delle declaratorie d’incostituzionalità in maniera del tutto automatica e (sufficientemente) precisa.

3. Descrizione delle caratteristiche essenziali delle tecniche decisionali analizzate.

Abbozzato, così, il quadro generale dell’impatto dell’accoglimento sulla vigenza, passata e futura, della normativa dichiarata illegittima, passo alla descrizione degli elementi essenziali delle due tecniche decisionali cui fa riferimento il titolo della mia relazione. Premetto che, in entrambi i casi, si tratta, per l’appunto, di modelli argomentativi che la Corte ha utilizzato, negli ultimi anni, proprio allo scopo di limitare la normale efficacia nel tempo delle dichiarazioni di incostituzionalità.

3.1. Le sentenze di «incostituzionalità differita».

Sotto il profilo delle pronunce che circoscrivono gli effetti “retroattivi” dell’accoglimento va segnalata, innanzitutto, la ben nota sentenza, di «incostituzionalità differita», 13 gennaio 2015, n. 10.

Si definiscono sentenze di «incostituzionalità differita» quelle pronunce di accoglimento mediante le quali la Corte, per un verso, accerta che il vizio della disciplina impugnata si è determinato in un preciso momento temporale, coincida o meno con la sua entrata in vigore; ma per l’altro, tuttavia, nel tentativo di limitare, per l’appunto, gli effetti “retroattivi” della propria decisione, avvicina dal passato al presente tale *dies a quo*, dichiarando che il contrasto

⁴⁵¹ Per un contributo recente, sul punto, mi sia concesso rinviare, *amplius*, a R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. Cost.*, 2019, 1918 ss.

tra la norma ordinaria ed il parametro costituzionale di giudizio si è realizzato, in realtà, in un momento successivo rispetto a quello del suo effettivo manifestarsi.

In casi del genere, detto altrimenti, l'operazione ermeneutica che sta alla base della decisione della Corte consiste in una valutazione bilanciata delle diverse istanze, di rilievo costituzionale, che entrano in gioco nella fattispecie. Di modo che la Consulta, nella consapevolezza che una "normale" efficacia "retroattiva" della propria pronuncia tutelerebbe, sì, determinati valori costituzionali, ma finirebbe, tuttavia, per lederne altri, preferisce differire il momento iniziale del prodursi dell'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità, in modo tale da ridurre (o, più comunemente, da eliminare del tutto) l'incidenza dell'accoglimento sui rapporti giuridici precedentemente sorti e tuttora pendenti.

Con la sent. n. 10 del 2015, per l'appunto, la Corte, dopo aver argomentato che il vizio che affliggeva la cosiddetta *Robin Hood Tax* inficiava la stessa sin dalla sua entrata in vigore, è pervenuta, però, all'adozione di una sentenza di accoglimento ad efficacia esclusivamente *pro futuro*, sulla base della considerazione principale – e qui leggo il punto 8 della motivazione in diritto della sentenza 10 – secondo cui l'«impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari» conseguente all'adozione di una normale pronuncia di accoglimento, avrebbe causato «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la decisione di una manovra finanziaria aggiuntiva». Si sarebbe, di conseguenza, determinata «una irragionevole redistribuzione della ricchezza» proprio «a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole». Da cui – conclude la Corte – la necessità di pervenire ad una «cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime *dal solo giorno* della pubblicazione della presente decisione nella Gazzetta ufficiale», allo scopo di evitare «un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale» e quindi una «grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.» (sottolineatura nostra).

Ora, è vero che qualche esempio di sentenza di illegittimità costituzionale totalmente «irretroattiva» si era già registrato in passato (si pensi alle storiche sentenze 8 marzo 1988, n. 266 e 9 febbraio 1989, n. 50); così come, del resto, non era mancata qualche ipotesi di limitazione degli effetti «retroattivi» dell'accoglimento proprio allo scopo di ovviare al problema delle conseguenze finanziarie che talvolta si determinano a seguito di una decisione della Corte (qui ricordo, ad esempio, le sentenze 21 aprile 1988, n. 501 e 8 gennaio 1991, n. 1). È altrettanto vero, però, che mai prima della sent. n. 10 del 2015, la Corte aveva avvertito l'esigenza o semplicemente colto l'opportunità di soffermarsi espressamente ad argomentare il fondamento del potere in concreto esercitato nel limitare gli effetti per il passato della sua pronuncia. È quel che accade, invece, nel punto 7 della motivazione in diritto della sentenza 10, laddove la Corte, dopo aver osservato che «la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale», e questo – sottolinea la Corte – «indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi», conclude, in maniera molto decisa che: «Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale».

Non sorprende, pertanto, vista questa affermazione, che la Corte, da allora, abbia utilizzato la tecnica in esame in altre tre occasioni, sempre in via incidentale, e cioè con le sentenze 24 giugno 2015, n. 178, 10 luglio 2018, n. 180 e 23 giugno 2020, n. 152. Contro una prassi anteriore, si noti, che, dopo i primi e rari esperimenti verificatisi a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso e che ho appena ricordato, poteva contare, al contrario,

nei ventiquattro anni successivi, su un solo precedente. Che è la famosa sentenza 13 gennaio 2014, n. 1, con la quale la Corte ha parzialmente annullato la legge elettorale n. 21 dicembre 2005, n. 270 (il cd. *Porcellum*), ma ha contestualmente affermato che il dispositivo di accoglimento che veniva adottato nella fattispecie avrebbe prodotto «i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale» e quindi che l'annullamento che veniva disposto non toccava «gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto» (punto 7 in diritto).

3.2. L'anticipazione del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione.

Passando ora al versante della limitazione degli effetti *pro futuro* dell'accoglimento, mi occuperò di una recente strategia decisionale, che si compone, in realtà, di una “doppia pronuncia”, e che il titolo della relazione che mi è stata assegnata definisce come: “anticipazione” del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione (questa tecnica, in realtà, è stata oggetto di innumerevoli definizioni⁴⁵², tra cui quella – “autentica”, potremmo dire – del Presidente *pro tempore* della Corte, Giorgio Lattanzi, che ha parlato di «“incostituzionalità prospettata”»⁴⁵³). Il riferimento, in ogni caso, è a un modello decisionale che la Corte ha utilizzato, per la prima volta, in occasione del famoso caso Cappato. Ne ricostruisco, pertanto, in estrema sintesi, gli elementi principali.

Con una prima pronuncia, e cioè con l'ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, la Corte, dopo aver accertato che la disciplina impugnata doveva ritenersi incostituzionale, ha escluso, tuttavia, in maniera esplicita, che il proprio giudizio potesse giungere ad un triplice esito dispositivo. E cioè:

primo: l'adozione di una sentenza di puro accoglimento perché ciò avrebbe comportato il pericolo di «possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»; la Corte, infatti, temeva che, a seguito del mero annullamento del reato di aiuto al suicidio, sarebbero potuti scaturire «abusi», a danno di soggetti particolarmente fragili, «in quanto malati irreversibili esposti a gravi sofferenze»;

secondo: la Corte esclude anche la possibilità di fare ricorso ad una pronuncia di natura manipolativa, vista, da un lato, la complessità dell'intervento ricostruttivo che si mostrava necessario nel caso di specie e dall'altro l'assenza di “rime obbligate” – per riprendere la famosissima definizione coniata da Vezio Crisafulli – allo scopo di riempire il vuoto normativo che si sarebbe prodotto a seguito dell'adozione di una sentenza di accoglimento;

terzo: la Corte si rifiuta anche di adottare – come aveva fatto, al contrario, sino ad allora, in numerosi casi simili – una decisione di inammissibilità per rispetto della sfera di discrezionalità politica che è riservata al legislatore. Poiché siffatta soluzione ha il difetto, evidenzia la Corte, «di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile» (e cioè, aggiungo io, fino a quando un altro giudice non decida di sollevare la medesima *quaestio* all'attenzione della stessa Consulta) una «normativa non conforme a Costituzione».

La Corte, invece, ritiene «doveroso» far «leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» e dunque rinviare «la trattazione delle questioni» esaminate ad un'udienza

⁴⁵² Per un elenco delle stesse, assai lungo ma sicuramente incompleto, cfr. R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Consulta OnLine*, 24 aprile 2020, 5 e nota 26.

⁴⁵³ Così, infatti, G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta dalla Corte nel 2018*, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionRelazioni-Presidenti.do>, 21 marzo 2019, 13.

successiva. E questo allo scopo, esplicitamente dichiarato, di «consentire [...] al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa».

Si è molto discusso circa gli effetti che discendono, nell'immediato, da una pronuncia del genere.

Occorre distinguere, al riguardo, (quanto meno) tra giudici e legislatore.

Nulla quaestio, innanzitutto, per quel che concerne il giudizio *a quo*, che era e rimane sospeso sino alla pronuncia definitiva della Corte.

Quanto agli altri processi in cui si discute di casi simili, se è innegabile, che, in punto di diritto, non esiste alcun obbligo, per i giudici, di disapplicare una normativa che non è (ancora) stata annullata né di sollevare un'analogha questione all'attenzione della Corte; lo è altrettanto, tuttavia, che, in ragione del pieno riconoscimento della illegittimità certa ed attuale della disciplina di cui si tratta, risulterà, di fatto, assai improbabile che i giudici non riconoscano la "non manifesta infondatezza" di doglianze che riguardino quella normativa e quindi non sospendano il proprio giudizio rimettendosi alle valutazioni della Corte. Mentre «inopportuno», come sottolinea Antonio Ruggeri⁴⁵⁴, risulterebbe una «sospensione impropria dei processi, dovuta alla presenza della questione già sollevata da altri giudici», ma «non accompagnata dal rinvio degli atti di causa alla Consulta».

Quanto, poi, agli effetti dell'ordinanza di rinvio nei confronti del legislatore, c'è chi ha sostenuto che, a seguito della stessa, si determina «*non la facoltà, ma il dovere*» per il decisore politico di «*intervenire a normare la materia secondo le indicazioni*» fornite dalla Corte (è questa, ad esempio, l'opinione espressa da Marco Bignami⁴⁵⁵).

Non ritengo, però, che questa affermazione colga nel segno. Siamo in presenza, infatti, di un semplice monito al legislatore, che è contenuto, per di più, in una ordinanza di carattere processuale, la cui forza persuasiva – almeno in teoria visti i risultati sinora ottenuti dalla Corte – potrebbe, sì, risultare più elevata, rispetto al passato in quanto all'esplicito riconoscimento di illegittimità formulato dalla Consulta si accompagna l'espressa fissazione della data in cui la questione verrà certamente riesaminata – e questo è senz'altro un pregio della nuova tecnica decisionale – ma questa forza persuasiva, va detto, non si traduce in un vincolo giuridico rimanendo pur sempre confinata nel campo della *moral suasion*. Ciò di cui, tra l'altro, anche la Corte mostra di essere pienamente consapevole, laddove fa esplicito riferimento, nel punto 11 in diritto dell'ord. n. 207, ad una «eventuale» – e quindi non "doverosa" – «sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela».

Scaduto il termine indicato nell'ordinanza di rinvio, la Corte, poi – com'è risaputo – si è trovata a giudicare sulla medesima questione in presenza di un quadro normativo del tutto invariato. Essa, pertanto, con la sentenza 25 settembre 2019, n. 242:

in primo luogo, ha ribadito che «un annullamento "secco" della norma incostituzionale» non era praticabile, perché ciò avrebbe determinato «vuoti di disciplina» che si sarebbero tradotti «in una menomata protezione di diritti fondamentali»;

in secondo luogo, vista la latitanza del Parlamento, ha ritenuto necessario «farsi carico», in prima persona, «dell'esigenza» di evitare tali lacune;

ed in terzo luogo, infine, ha provveduto ad individuare gli elementi essenziali della nuova normativa che avrebbe preso il posto di quella annullata. E questo nonostante, si noti, nella precedente ordinanza di rinvio, la Corte avesse argomentato in maniera minuziosa la

⁴⁵⁴ Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato), in Consulta OnLine, 20 novembre 2018, 574, nota 17.

⁴⁵⁵ *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018, par. 4 (corsivi testuali).

molteplicità delle opzioni regolatorie all'uopo praticabili e quindi la imprescindibilità, in materia, di un intervento del legislatore.

La Consulta, in altre parole, ricorre, in questa occasione, ad una pronuncia additiva non tanto “a rime obbligate” quanto piuttosto a “rime possibili” (per utilizzare un’efficace definizione dottrinale⁴⁵⁶). E cioè – leggo sul punto la motivazione della Corte – viene adottata una pronuncia manipolativa con cui si ricava «dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, *ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato*, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento» (punto 4 in diritto, corsivo non testuale).

Nei due anni successivi la Corte ha fatto ricorso alla medesima tecnica decisionale in una duplice occasione.

In un primo caso con l’ordinanza 9 giugno 2020, n. 132, in tema di sanzioni per chi commette il reato di diffamazione aggravata a mezzo stampa, che è stata successivamente “doppiata” dalla sentenza 22 giugno 2021, n. 150. Con la quale, tuttavia, la Corte, a fronte del persistere, anche in questo caso, dell’inerzia del legislatore, ha risolto la questione *sub indice* in maniera sostanzialmente diversa rispetto a quanto praticato con la seconda delle pronunce Cappato, ossia mediante una sentenza che in parte è di mero accoglimento ed in parte di rigetto (semplice, manifesto ed in via interpretativa).

In una seconda ipotesi la medesima tecnica decisionale è stata poi utilizzata in occasione dell’adozione dell’ordinanza 15 aprile 2021, n. 97, in tema di ergastolo ostativo. A questa pronuncia ha poi fatto seguito la recentissima ordinanza – è del mese scorso – n. 122 del 2022. Con la quale la Corte, in ragione «dello stato di avanzamento» dei lavori parlamentari che dovrebbero condurre all’adozione della nuova ed auspicata disciplina della materia, ha disposto un ulteriore rinvio della trattazione della causa all’udienza che si terrà l’8 novembre di quest’anno.

4. Alcuni rilievi critici.

Terminata la descrizione degli elementi essenziali che contraddistinguono i modelli argomentativi di cui stiamo discutendo, vorrei evidenziare che entrambi si espongono, per lo meno a mio avviso, ad alcuni rilievi critici.

4.1. Accoglimento *ex nunc* e natura incidentale del controllo di costituzionalità.

In primo luogo, infatti, non va sottaciuto che le sentenze di «incostituzionalità differita», in quanto totalmente “irretroattive”, si pongono in chiara antinomia rispetto a quanto dispone l’art. 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953. Il quale prevede, come ho già ricordato, che «dal giorno successivo alla pubblicazione» della sentenza di accoglimento si determina la generale impossibilità di applicare le norme dichiarate illegittime. Ciò che vale, pertanto, anche in rapporto a situazioni giuridiche sorte prima della decisione della Corte e che risultino tuttora pendenti.

Ne discende, più in generale, che è la stessa natura incidentale del controllo di costituzionalità che viene messa, in casi del genere, in seria discussione. Venendo infatti a mancare quel carattere di strumentalità del processo costituzionale, rispetto allo svolgimento del giudizio *a quo*, che è uno, viceversa, degli aspetti che meglio caratterizzano il tipo di controllo che è stato accolto nel nostro ordinamento, tramite la scelta, che è stata operata dai

456 Che si deve a S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni cost.*, 2019, 183.

Costituenti – e che si è tradotta nell’adozione dell’art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 – a favore di un giudizio sulle leggi di natura, per l’appunto, incidentale. Ricordo, d’altra parte, che la stessa Consulta ebbe modo, alcuni anni orsono, di criticare con limpide parole un analogo orientamento giurisprudenziale che era stato elaborato dalla Corte di giustizia europea. Affermando, infatti, nel punto 4.2 in diritto della sentenza 13 aprile 1989, n. 232, che «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice ed un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dall’autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l’applicazione di una norma riconosciuta illegittima». Ciò che, tuttavia, è proprio quello che accade anche a seguito dell’adozione di una pronuncia di accoglimento con efficacia *ex nunc*.

Non stupisce, pertanto, che si registrino episodi di “ribellione” da parte di giudici, che, chiamati ad applicare la normativa impugnata pur in rapporto ad un periodo di tempo in cui la stessa era già stata riconosciuta, dalla Corte, come incostituzionale, non hanno dato seguito alla limitazione degli effetti “retroattivi” che era stata operata dalla Consulta, allo scopo, evidente, di non “denegare giustizia” alle parti del proprio giudizio. È quanto è avvenuto, ad esempio, diversi anni addietro, quando la Corte dei conti non applicò la modulazione degli effetti “retroattivi” che era contenuta nella sentenza, di «incostituzionalità differita», n. 501 del 1988 (ciò che costrinse la Consulta a pronunciarsi nuovamente, sulla medesima *quaestio*, con l’ordinanza 11 febbraio 1991, n. 95); ed è quanto è avvenuto, anche di recente, proprio a seguito dell’adozione della sent. n. 10 del 2015, vista la sua mancata applicazione da parte del giudice rimettente⁴⁵⁷.

4.2. Tecnica Cappato, art. 136, comma 1, Cost., separazione dei poteri.

Per esporre, invece, le obiezioni relative alla tecnica decisionale di “anticipazione” del giudizio di illegittimità in sede di rinvio della trattazione della causa, occorre tenere distinte le due pronunce in cui si articola, come abbiamo visto, lo strumento decisionale elaborato dalla Corte.

Con riferimento, infatti, alla prima decisione occorre rilevare che qualche dubbio è sorto in dottrina nella misura in cui la Corte aggira, con pronunce del genere (sostanzialmente, beninteso, e non formalmente, perché non si giunge, in realtà, ad una dichiarazione di illegittimità della legge impugnata) quanto è previsto dall’art. 136, comma 1, Cost., impedendo, infatti, che scatti l’automatismo caducatorio *in* previsto pur in presenza di una legge che viene espressamente e contestualmente riconosciuta come attualmente incostituzionale⁴⁵⁸.

Sul piano processuale, poi, si deve evidenziare che sia per l’estensione delle argomentazioni sviluppate – laddove, lo ricordo, l’art. 18, comma 4, della l. n. 87 del 1953, prevede, al contrario, che: «Le ordinanze» devono essere «succintamente motivate» – sia per

⁴⁵⁷ Sulla vicenda, tra gli altri, cfr. A. MORELLI, *Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax* (a proposito di Comm. Trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15), in *Consulta OnLine*, 28 maggio 2015, 483 ss.

⁴⁵⁸ Cfr. in tal senso, ad esempio, A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *Giustiziainsieme.it*, 13 aprile 2021, par. 2, con valutazione espressa a proposito della tecnica utilizzata dalla Corte nella sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, ma con considerazioni perfettamente riferibili anche al caso di cui si discute.

la sua tipica articolazione interna, tra un *Ritenuto in fatto* ed un *Considerato in diritto*, l'ordinanza di rinvio che viene adottata in ipotesi del genere andrebbe piuttosto collocata nel *genus* delle "sentenze". Si configura, pertanto, sotto questo profilo, uno dei (non rari) casi⁴⁵⁹, che sono riscontrabili in epoca recente, nei quali si manifesta la tendenza della Corte ad un utilizzo – per così dire – disinvolto delle forme mediante le quali essa veicola le proprie decisioni.

Va detto, inoltre, che la formula dispositiva che viene utilizzata in simili frangenti risulta (quanto meno) imprecisa. Perché, se è vero che la Corte rinvia ad una successiva udienza la *trattazione* delle questioni di legittimità costituzionale, è innegabile, però, che quelle stesse questioni sono già state, in realtà, "trattate" ed in maniera estremamente approfondita. Tanto da permettere, alla Corte, di argomentare, nella parte motiva della sua decisione, non soltanto i diversi profili di illegittimità che inficiano la normativa impugnata, ma anche le varie soluzioni giurisprudenziali all'uopo prospettabili nonché gli effetti, ritenuti deleteri per l'ordinamento, di un eventuale accoglimento *tout court*.

Con la seconda pronuncia, invece, la Corte – quanto meno nel caso Cappato – risolve la questione sottoposta al suo sindacato dichiarando apertamente, come s'è visto, che il proprio intervento, di natura manipolativa, si colloca oltre il confine segnato dalle cosiddette "rime obbligate". Tale sentenza, pertanto, si pone nella scia di un recente orientamento giurisprudenziale, che ha interessato (quasi) esclusivamente la materia penale, e che non a caso la Corte richiama nel punto 4 in diritto della sent. n. 242 del 2019. Orientamento con il quale la Consulta ha iniziato ad individuare, in prima persona, la specifica disciplina che meglio si adatta alla soluzione del caso concreto pur in presenza di molteplici opzioni tutte compatibili con la Costituzione.

Ebbene, va detto che questo modo di decidere è oggetto di dibattito tra gli studiosi⁴⁶⁰, alcuni dei quali sottolineano come l'operato della Corte presti il fianco a rilievi che riguardano il mancato rispetto di quanto dispone l'art. 28 della l. n. 87 del 1953, il quale pone limiti, come noto, alle funzioni esercitate dal giudice delle leggi a tutela della sfera di discrezionalità politica che è riservata al legislatore. Limiti, del resto – è appena il caso di ricordare – che non rappresentano nient'altro che il precipitato legislativo di esigenze che rimontano a principi di natura ordinamentale, quali quello di separazione dei poteri e di supremazia della democrazia rappresentativa.

Si obietta, a questo modo di vedere – ad esempio da parte di Marco Ruotolo – che l'intervento (sostanzialmente) creativo che è stato posto in essere dalla Corte se «non sarebbe stato», in effetti, «possibile in prima battuta, in ragione dell'esigenza di rispettare la discrezionalità legislativa», deve ritenersi, al contrario, legittimo, in seconda battuta, in considerazione del «pressante invito rivolto al legislatore nell'ord. n. 207 del 2018», e del successivo comportamento omissivo tenuto dallo stesso⁴⁶¹.

Non vedo, però, come – da un punto di vista prettamente giuridico – a fronte di un quadro normativo e di una questione di legittimità costituzionale che rimangono del tutto immutati, la semplice inerzia del legislatore, che segue all'invito della Corte, sia in grado di rimuovere, di per sé, l'ostacolo, che era stato ritenuto, in precedenza, insormontabile, del necessario rispetto delle funzioni riservate al decisore politico. Da un lato, infatti, occorre ribadire che dal monito contenuto nell'ord. n. 207 del 2018 non discendeva, per il legislatore, alcun obbligo di agire, come già evidenziato in precedenza. Dall'altro, non va sottaciuto che se è possibile

⁴⁵⁹ Per altri esempi cfr., volendo, R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1916, nota 83.

⁴⁶⁰ Lo ricostruisco in *Le pronunce Cappato*, cit., 29-33.

⁴⁶¹ In termini M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 2020, 71.

attribuire all'invito formulato dalla Corte una *ratio* e forse anche un'effettiva valenza sotto il profilo della limitazione della propria responsabilità *politica* in via diffusa, ossia di difesa preventiva rispetto a future e prevedibili critiche relative ad un intervento giurisprudenziale che si preannunciava, come poi in effetti è stato, fortemente manipolativo (della serie: io ho dato la possibilità al Parlamento di intervenire, lui non l'ha fatto, quindi ora devo provvedere io), lo stesso non può dirsi sul piano *giuridico* se non a costo di sostenere una tesi difficilmente difendibile. E cioè che un organo che, sulla base della disciplina vigente, è sprovvisto di un certo potere lo acquista, tuttavia, semplicemente invitando il titolare dello stesso ad esercitarlo senza che questo, poi, si verifichi.

5. Una possibile obiezione: la Corte deve (comunque) «rendere giustizia costituzionale».

È interessante, infine, evidenziare come i rilievi che ho appena tratteggiato non vengano, in realtà, confutati, in maniera puntuale, neppure da quella parte della dottrina che si dimostra, viceversa, favorevole all'utilizzo delle tecniche decisionali di cui stiamo discutendo. E che riconosce, ad esempio, a proposito delle contestazioni mosse nei confronti delle sentenze di accoglimento totalmente “irretroattive”, che si tratta, in effetti, di «obiezioni [...] di non poco momento»⁴⁶². La linea difensiva dell'operato della Corte si situa, invece, a monte dei rilievi mossi nei confronti di ogni singolo modello decisionale, basandosi, infatti, più in generale, sullo scopo che la Corte persegue tramite il loro utilizzo. Dato che, si afferma, è la necessità «di rendere giustizia costituzionale [...] che ben può legittimare non solo letture evolutive delle regole del processo costituzionale, [...] ma anche l'ideazione di tecniche decisorie più efficaci, al fine di assicurare all'esito del giudizio della Corte “situazioni normative” conformi a Costituzione»⁴⁶³. Di modo che, in buona sostanza, sarebbe il «compito» che l'ordinamento assegna al giudice delle leggi che gli consente di modulare gli effetti nel tempo dell'accoglimento al fine «di assicurare una sempre maggiore conformità a Costituzione del sistema normativo»⁴⁶⁴.

Senonché, in primo luogo, questo orientamento dottrinale non sembra tenere nella dovuta considerazione l'esito (in qualche misura) paradossale cui giunge la Corte quando, utilizzando gli strumenti in esame – allo scopo, per l'appunto, di «rendere giustizia costituzionale» – produce, tuttavia, a sua volta, una lesione (o meglio: una mancata tutela di una parte) dei diritti costituzionali che risultano coinvolti nel caso sottoposto al suo giudizio. Ciò che accade non soltanto, si noti, per il passato, in rapporto alla mancata applicazione della pronuncia di accoglimento nel giudizio *a quo* e in tutti gli altri giudizi iniziati od iniziabili in cui si discute di casi analoghi – come ho già posto in evidenza in precedenza – ma anche, se ben si considera, *pro futuro*, nella misura in cui la Corte omette di accogliere una questione fondata con il conseguente permanere in vigore di una disciplina il cui contrasto con la Costituzione è già stato accertato, al contrario, in maniera piena e non discutibile. Anche quando, pertanto, la Corte, tramite l'utilizzo della tecnica Cappato, “trattiene” presso di sé il giudizio e dunque

⁴⁶² In questo senso, ad esempio, si sono espressi M. RUOTOLO - M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin tax*, in *Rivista AIC*, 17 aprile 2015, 20.

⁴⁶³ M. RUOTOLO, Corte, cit., 69; ID., L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 264-265.

⁴⁶⁴ M. RUOTOLO, *L'evoluzione*, cit., 260-261.

rende certo nell'*an* e nel *quando* – a meno di ulteriori rinvii – il suo futuro intervento, non rende, tuttavia, immediata giustizia a chi ottiene, viceversa, nella parte motiva dell'ordinanza di rinvio, un completo riconoscimento della fondatezza delle sue ragioni. Ciò che genera, tra l'altro, qualche dubbio circa il mancato rispetto del principio di ragionevole durata del processo, anche in ragione del fatto che si tratta di una sospensione ulteriore rispetto a quella già disposta nel corso del giudizio principale.

In secondo luogo, inoltre, anche volendo prescindere dalle obiezioni che si sono sin qui delineate e dunque ipotizzando che la Corte possa effettivamente disporre degli effetti temporali delle sue pronunce in nome della prevalente esigenza di «rendere giustizia costituzionale», non si può sottacere che un argomento del genere prova troppo perché, dal suo accoglimento, discenderebbe – per dirla con Gustavo Zagrebelsky⁴⁶⁵ – una sorta di «autorizzazione per il giudice costituzionale ad agire secondo opportunità, bastandogli l'appello al “superiore interesse” della garanzia costituzionale per svincolarsi nella misura necessaria dalle regole processuali». Con la conseguenza, pertanto, che, seguendo questa linea di pensiero, si finirebbe per disconoscere – come rileva Roberto Romboli⁴⁶⁶ – la stessa «esistenza di un diritto processuale costituzionale e la funzione in via di principio attribuita e riconosciuta alle regole processuali, togliendo loro qualsiasi, reale significato».

Attenzione: con quanto ho sin qui argomentato non intendo affatto negare che l'atteggiamento della Corte sia fortemente influenzato (se non proprio causato) dalla «tradizionale, e mai sufficientemente deprecata inerzia del legislatore» (per riprendere un'efficace espressione di Franco Modugno coniata già molte decadi fa⁴⁶⁷) né voglio disconoscere che sia compito della Corte, in linea generale, perseguire la maggior reintegrazione possibile dell'ordinamento costituzionale violato, non limitandosi, pertanto, ad un raffronto meramente sillogistico tra parametro ed oggetto del controllo di costituzionalità, ma tenendo conto, invece, in sede di bilanciamento tra i diversi interessi che risultano coinvolti nel suo giudizio, anche delle conseguenze che discendono dall'impatto tipicamente ordinamentale che è garantito alle sue pronunce di accoglimento. Un conto, però, è non condividere, in quest'ottica, la prospettiva di chi si dimostra, al contrario, pregiudizialmente sfavorevole nei confronti di qualsivoglia soluzione giurisprudenziale la Corte elabori a tale scopo, ritenendo, infatti, che la stessa, in presenza di un dubbio che giudica fondato, debba sempre e comunque porre «il Parlamento dinanzi alle sue responsabilità, proprio creando buchi (anche enormi) nel corpo della legislazione ordinaria» (è questa, ad esempio, l'opinione espressa da Luigi Ventura⁴⁶⁸). Quasi che la Corte operasse rinchiusa nella classica torre d'avorio e non svolgesse, al contrario, le proprie funzioni a stretto contatto con i diritti dei consociati e all'interno di un preciso contesto di carattere sociale, economico, politico, ecc.⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale: un'introduzione, in *Diritto e società*, 2019, 547.

⁴⁶⁶ *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1096, con affermazione ripresa, alla lettera, in numerose occasioni successive.

⁴⁶⁷ La si legge in F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1239. Sulla tematica mi sia permesso rinviare, ampiamente, a R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, passim.

⁴⁶⁸ L. VENTURA, Osservazioni a margine di alcune pronunce di inammissibilità, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno. Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, 715.

⁴⁶⁹ Per una critica più articolata a questo orientamento dottrinale cfr., volendo, R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, M. D'AMICO M. - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 440 ss.

Altra cosa, tuttavia, è affermare, che la Corte può disporre degli effetti nel tempo delle sue pronunce ogniqualvolta gli interessi di natura sostanziale, che risultano coinvolti nel caso *sub iudice*, premiano in tale direzione. In senso contrario, infatti, va ribadita l'esigenza a che la «conformità a Costituzione del diritto legislativo» venga «garantita dentro il processo costituzionale» e «non contro o fuori di esso»⁴⁷⁰, ossia che la Corte non oltrepassi il limite che è segnato dalle regole che disciplinano il suo giudizio. Anche perché – come è stato da tempo autorevolmente evidenziato da Alessandro Pizzorusso⁴⁷¹ – è proprio l'osservanza di tali regole che costituisce, per la Corte, «il miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità».

6. Per concludere. Contenuto ed effetti delle declaratorie d'incostituzionalità.

In conclusione: ritengo che il rispetto della normativa che stabilisce l'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento non può rappresentare un elemento *interno* all'attività di bilanciamento che la Corte effettua allo scopo di pervenire alla sua decisione. Come dimostra, del resto, anche il fatto che un'operazione del genere finisce per mettere a raffronto elementi qualitativamente eterogenei – e quindi, come tali, non commensurabili – «quali le regole processuali e le esigenze sostanziali», dando vita, così – come sottolinea Zagrebelsky – ad una «operazione che di bilanciamento ha soltanto il nome ma non la sostanza»⁴⁷².

Vero è, piuttosto, che, mentre la valutazione ponderata degli interessi in gioco deve essere e viene in effetti operata dalla Corte con il fine di determinare il tenore del dispositivo da adottare, il prodursi degli effetti di tale dispositivo, presuppone, invece – com'è ovvio – che una sentenza di accoglimento sia già stata adottata. Ed attiene, dunque, ad una fase del controllo di costituzionalità che è necessariamente successiva rispetto a quella in cui la Corte decide. Quando spetta, pertanto, agli altri operatori del diritto e non alla Consulta – cui compete, infatti, come ha scritto Valerio Onida⁴⁷³, «determina[re] il contenuto della decisione, non i suoi effetti» – applicare la regola, non bilanciabile, che si ricava dagli articoli 136, comma 1, Cost. e 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953.

⁴⁷⁰ Per riprendere parole di A. PUGIOTTO *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni cost.*, 2016, 169.

⁴⁷¹ *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 149.

⁴⁷² Così G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze*, cit., 547.

⁴⁷³ *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990, 305.

Moniti “rafforzati”, attenuazione delle “rime obbligate”, modulazione degli effetti temporali dell’incostituzionalità. Uno sguardo sulla più recente giurisprudenza costituzionale*

SOMMARIO: 1. La funzione “monitoria” della giurisprudenza e le sue trasformazioni – 2. Quando il “monito” non basta più: l’ordinanza motivata di rinvio dell’udienza (con un cenno all’utilizzo, non alternativo, dell’autorimessione) – 3. Le decisioni manipolative nel più recente periodo: oltre le rime obbligate? – 4. Il governo degli effetti temporali dell’incostituzionalità – 5. Per concludere.

1. La funzione “monitoria” della giurisprudenza e le sue trasformazioni.

Cosa può fare la Corte costituzionale quando si trova di fronte ad omissioni legislative incostituzionali che possono essere colmate con diverse regole? Come può agire quando la rimozione dell’incostituzionalità richiede un intervento “organico” non limitabile alla mera ablazione del testo legislativo sottoposto al suo scrutinio?

Sono domande alle quali la Corte ha risposto attraverso un costante aggiornamento delle proprie tecniche decisorie, ricorrendo ad una “creatività” che non può dirsi propria soltanto dell’attuale stagione, ma che, probabilmente, ha attraversato l’intera storia della nostra giurisprudenza. Dall’“invenzione” delle decisioni interpretative, sin dall’avvio della sua attività, allo sviluppo delle pronunce “manipolative”, che inizialmente destarono le critiche della dottrina perché ritenute espressive di potenzialità normative non proprie dell’organo di giustizia costituzionale. Si parlava di sentenze “normative”⁴⁷⁴, specie con riguardo alle pronunce additive e sostitutive⁴⁷⁵, manifestando preoccupazioni circa la possibile trasformazione del ruolo della Corte, troppo lontano dalla sia pur ingenua rappresentazione della stessa come mero “legislatore negativo”. Ma poi, gli stessi critici, almeno alcuni, si mostreranno saggiamente capaci di mutare prospettiva, ammettendo che l’aver intrapreso la via della “supplenza” rispetto alle “omissioni legislative” incostituzionali sia stata una *culpa felix* della nostra Corte⁴⁷⁶.

* La presente relazione è aggiornata alla data 31 Maggio 2023

⁴⁷⁴ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 755 ss.

⁴⁷⁵ In un noto Convegno di inizio anni Ottanta, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna 1982, 109, affermò che «se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarla; se non c’è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla. Intervenendo invece la Corte, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso quella del legislatore».

⁴⁷⁶ Dopo le critiche già richiamate, G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, 32, ha considerato la “supplenza” della Corte rispetto alle “omissioni legislative” come una «*culpa felix*». Lo stesso Zagrebelsky attenuerà la sua posizione, specie nel contesto di una riflessione sulla «continuità nel tempo dell’ordinamento giuridico» – intesa come «aspetto diacronico di quel principio pre-positivo di coerenza» che è alla base «dell’esigenza di razionalità delle leggi» – la quale «non può

Tornando alle domande iniziali e cercando risposte che si radichino soprattutto nella più recente giurisprudenza costituzionale, non può negarsi che la strada del ricorso al “monito” rivolto al legislatore sia ancora molto attuale. Lo si impiega in decisioni di inammissibilità o di rigetto, ma anche, in misura crescente, in pronunce di accoglimento, specie manipolative, al fine proprio di sollecitare quell’intervento “organico” che solo il legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, potrebbe compiere.

Si è anche tentata la via, poi rivelatasi non troppo fortunata, del ricorso alle decisioni “additive di principio”, allorché non sia possibile individuare la regola idonea a colmare la lacuna per rendere il testo scrutinato complessivamente conforme a Costituzione. In sostanza, con tale tecnica decisoria la Corte, anziché rifugiarsi nell’inammissibilità, giustificandola con il rispetto della discrezionalità del legislatore (secondo quanto disposto dall’art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87), indica il principio dal quale sarebbe possibile ricavare la regola per colmare l’omissione incostituzionale. Essa si rivolge, così, al legislatore, permettendo però al giudice, nell’attesa dell’intervento normativo, di colmare la lacuna traendo la regola per il caso concreto dal principio esplicitato nella pronuncia costituzionale⁴⁷⁷. Una tale tecnica, per funzionare, avrebbe dovuto contare su seguiti legislativi tempestivi, altrimenti contribuendo a determinare una situazione di incertezza legata al possibile diverso “seguito” dato dai giudici comuni all’indicazione della Corte, con riflessi anche sul principio di eguaglianza. Ma sono stati proprio i “seguiti” legislativi a mancare (o a tardare in modo clamoroso⁴⁷⁸), inducendo ad un progressivo abbandono della tecnica in parola e alla sperimentazione di “nuove” soluzioni decisorie o all’impiego di strumenti già esistenti in funzione di sollecitazione “ultimativa” nei confronti del legislatore.

Mi riferirò principalmente – anche se sinteticamente⁴⁷⁹ – all’impiego dell’ordinanza motivata di rinvio (o dell’autorimessione della questione dinanzi alla stessa Corte) per dare tempo al legislatore di intervenire in una certa materia con una disciplina organica, al più ampio utilizzo delle decisioni manipolative, avutosi specie in sede di scrutinio della proporzionalità delle sanzioni penali, nonché al ricorso alla modulazione temporale degli effetti dell’incostituzionalità.

considerarsi solo “di mero fatto”, tale quindi che la Corte costituzionale possa disinteressarsi degli effetti delle sue pronunce e mirare puramente e semplicemente – si potrebbe dire, ciecamente – al fine dell’eliminazione, a qualunque costo, della legge incostituzionale»: così G. ZAGREBELSKY nell’edizione del 1988 del suo *La giustizia costituzionale*, Bologna, 306.

⁴⁷⁷ Cfr., almeno, A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3199; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; ID., *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It.*, 1998, V, 78 ss.

⁴⁷⁸ Mi sembra esemplare il caso della sent. n. 26 del 1999, riguardante la mancata previsione nell’ordinamento penitenziario di forme di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. La Corte riscontra l’omissione ma, non potendo individuare una norma e una procedura giurisdizionale da estendere e generalizzare per colmare la lacuna, si limita a rilevarne l’incostituzionalità, chiamando «il legislatore all’esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione». Nella perdurante inerzia del legislatore i giudici si sono orientati per l’applicazione di uno specifico rito disciplinato dall’ordinamento penitenziario (art. 14-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, secondo una indicazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, ric. Gianni). L’intervento legislativo si è realizzato soltanto con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, peraltro quale seguito non della sent. n. 26 del 1999, ma di specifica indicazione proveniente da sentenza “pilota” della Corte europea dei diritti dell’uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013.

⁴⁷⁹ Rinvio, per approfondimenti anche di tipo bibliografico, alla mia più ampia relazione al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” (Como, 26-27 maggio 2023), intitolata *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953*, già disponibile in versione provvisoria sul sito www.gruppodipisa.it, e in corso di pubblicazione nella Rivista Diritto e Società oltre che negli Atti del Convegno. Alcune riflessioni contenute nella citata relazione saranno qui riproposte.

Senza dimenticare, preliminarmente, che tali sviluppi non hanno segnato l'abbandono del ricorso a decisioni di inammissibilità, invero piuttosto ricorrenti nel recente periodo, le quali sempre più assumono una veste simile a quella di una pronuncia di incostituzionalità "accertata ma non dichiarabile", in ragione del necessario rispetto del legislatore. Le si potrebbe definire pronunce di inammissibilità "di sistema", caratterizzate dall'impiego di formule ultimative che considerano non «tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine ai gravi problemi individuati» nella motivazione della decisione (così nelle sentt. nn. 279 del 2013, 32 del 2021, 183 del 2022). In vario modo si auspica l'intervento del legislatore, anche indicando le linee della «riforma di sistema» (sent. n. 22 del 2022, in tema di REMS), gli obiettivi da perseguire (sent. n. 47 del 2023, ove si richiede un intervento che garantisca «l'estensione del contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria»), il superamento delle aporie presenti nel sistema (sent. n. 71 del 2023, sul fondo di solidarietà comunale, ove si invoca il tempestivo superamento di «una soluzione perequativa ibrida che non è coerente con il disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost.»). Tutti casi nei quali la Corte ritiene che sia presente un «ventaglio di soluzioni» idonee a rimediare alla violazione della Costituzione, con impossibilità di individuarne una costituzionalmente obbligata o adeguata. Anche se il monito "ultimativo" potrà costituire la premessa di un successivo intervento della Corte, ove il legislatore non abbia tempestivamente colmato la pur individuata lacuna. Secondo la logica della «doppia pronuncia» di *crisafulliana* memoria⁴⁸⁰, che legittima la Corte a fare in seconda battuta ciò che inizialmente non potrebbe fare per il richiesto rispetto della discrezionalità del legislatore di cui all'art. 28 della legge n. 87 del 1953, come si cercherà di precisare meglio in seguito.

2. Quando il "monito" non basta più: l'ordinanza motivata di rinvio dell'udienza (con un cenno all'utilizzo, non alternativo, dell'autorimessione).

Un elemento di novità che è possibile ricavare dalla recente giurisprudenza riguarda l'impiego dell'originale strumento dell'ordinanza motivata di rinvio dell'udienza a data fissa, rivolto a consentire un intervento del legislatore prima di giungere alla altrimenti già "preannunciata" dichiarazione di incostituzionalità della disciplina censurata. Come è scritto nella nota ordinanza n. 207 del 2018 (c.d. caso Cappato, riguardante la punibilità dell'aiuto al suicidio), il monito non sarebbe bastato in quanto, per le peculiari caratteristiche del caso in esame, non avrebbe potuto ritenersi consentito l'effetto di lasciare in vita una normativa già ritenuta non conforme a Costituzione, limitandosi ad attendere, per intervenire con una decisione di accoglimento, l'eventuale nuova rimessione della questione, secondo il sopra ricordato meccanismo della "doppia pronuncia". La Corte ha piena consapevolezza della probabile inerzia del legislatore e per questo evita la pronuncia di inammissibilità, "concedendo" al legislatore un anno per intervenire, peraltro nel solco chiaramente indicato nella motivazione quanto a soluzioni proponibili. Si ha la sensazione, dunque, che la tecnica decisoria in parola serva non solo e non tanto per rispettare la discrezionalità del legislatore, ma per creare le condizioni che poi avrebbero legittimato la Corte ad intervenire in modo penetrante, con un articolato e circoscritto dispositivo riconducibile allo schema della sentenza additiva (sent. n. 242 del 2019). Non siamo molto lontani dalla logica che vede la discrezionalità legislativa costituire ormai "limite relativo" allo scrutinio nel merito della Corte

⁴⁸⁰ V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 944 ss.

quando il *vulnus* sia stato chiaramente individuato in una precedente decisione contenente un pressante invito a intervenire rivolto al legislatore⁴⁸¹.

Non v'è dubbio, però, che una tale tecnica dovrebbe essere soltanto eccezionalmente impiegata e saggiamente evitata quando la soluzione manipolativa possa essere assunta subito⁴⁸². Qualche perplessità sulla ricorrenza di queste condizioni emerge negli altri due casi in cui la Corte ha fatto ricorso all'ordinanza di rinvio, il primo riguardante la previsione della pena detentiva in caso di diffamazione a mezzo stampa (ord. n. 132 del 2020, seguita da sentenza di accoglimento n. 150 del 2021, in ragione del mancato seguito legislativo); il secondo concernente l'ergastolo ostativo (ord. n. 97 del 2021⁴⁸³, seguita da ulteriore rinvio operato con ord. n. 122 del 2022 e poi da restituzione degli atti al giudice *a quo*, con l'ord. n. 227 del 2022, in ragione del mutamento del quadro normativo determinato dall'adozione del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162).

In entrambi i casi, in effetti, sembravano esservi le condizioni per un'immediata pronuncia nel merito.

In particolare, nella vicenda relativa all'ergastolo ostativo ben poteva applicarsi la *ratio decidendi* della sent. n. 253 del 2019 in tema di permessi premio, che ancorava la possibilità di concessione del "beneficio" per il condannato non collaborante con la giustizia alla verifica non solo dell'assenza di attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche del pericolo di un loro ripristino. La precedente presunzione assoluta di pericolosità del detenuto non collaborante veniva così trasformata in presunzione relativa con un'argomentazione ripresa anche nell'ordinanza di rinvio n. 97 del 2021. La Corte in tal caso preferisce, invece, la strada della «collaborazione istituzionale», rinviando la trattazione e auspicando un intervento organico da parte del legislatore, che la stessa Corte EDU aveva richiesto in una decisione riguardante la stessa materia (*Viola contro Italia*, 13 giugno 2019, divenuta definitiva il 7 ottobre 2019). Ma tale intervento poteva essere comunque auspicato all'esito di una pronuncia additiva, seguendo l'orientamento per cui, a fronte di decisioni manipolative, il legislatore può ben compiere una rimodulazione della disciplina risultante dalla pronuncia della Corte, naturalmente nel rispetto dei principi che ne hanno sostenuto l'adozione.

Nella vicenda dell'ergastolo ostativo, peraltro, si inseriscono ulteriori profili problematici. La Corte, infatti, preso atto dell'approvazione di un disegno di legge in materia da parte di un ramo del Parlamento, ha ritenuto di concedere un *extra time* al legislatore (sei mesi) per consentire ad esso di «completare i propri lavori» (ord. n. 122 del 2022). Il rischio, subito rilevato dalla dottrina, è che la «tecnica» possa trasformarsi in «tattica decisoria»⁴⁸⁴, determinando aporie tali rispetto all'ordinario governo degli effetti dell'incostituzionalità (nel nostro caso sicuramente accertata ancorché non dichiarata) da alimentare fondate critiche

⁴⁸¹ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, 2/2019, specie 664; ID., *Oltre le "rime obbligate"?*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 3/2021, specie 58 ss.

⁴⁸² Come sottolineato da L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in *Nomos*, www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 3/2021, 1 ss.

⁴⁸³ Ho commentato sia l'ordinanza di rimessione sia i contenuti dell'ordinanza di rinvio della Corte, rispettivamente in M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum Quad. Cost. – Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 2020, 1 ss., e in ID., *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it, 28 febbraio 2022, 1 ss.

⁴⁸⁴ A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2022, 761 ss.

sull'opportunità del suo utilizzo. Di più: in conseguenza di vicende istituzionali contingenti (crisi di governo e scioglimento delle Camere), il “seguito” del rinvio della Corte è stato compiuto dal Governo, mediante l'utilizzo del decreto-legge. Se, dal punto di vista “soggettivo”, la ricorrenza dei presupposti per il ricorso alla decretazione d'urgenza è stata argomentata non solo dalla necessità di dare seguito ai moniti della Corte ma anche dall'«imminenza» dell'udienza fissata «per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore», dal punto di vista “oggettivo” permangono dubbi circa la possibilità di impiegare un tale “eccezionale” strumento per rispondere ad un “invito” formulato diciotto mesi prima dell'adozione dell'atto.

Credo che vi sia più di un elemento per tornare a riflettere su alcune, sempre acute e lungimiranti, considerazioni di Leopoldo Elia, circa «la difficoltà di porre il Parlamento di fronte a drastiche scelte di *aut aut* o anche di legislazione “dovuta”, tanto più quando le Camere si dimostrano incapaci di riempire “vuoti” prodotti da sentenze caducatorie particolarmente importanti (*sicché ancor più temerario apparirebbe stabilire termini entro cui le assemblee legislative dovrebbero deliberare*)»⁴⁸⁵. Magari essendo pronti a comprendere, avendo presenti i non incoraggianti precedenti riscontrabili «nel senso di un più diretto rapporto Parlamento-Corte», che «la Corte procede con le sentenze autoapplicative un po' anche (sembra paradossale) per rispetto del Parlamento, per non metterlo, in certo senso, con le spalle al muro, di fronte ad un preciso obbligo da adempiere»⁴⁸⁶.

Diverso è il caso del ricorso allo strumento dell'autorimessione, che, tuttavia, sotto il profilo sostanziale, finisce anch'esso per dare al legislatore un tempo per intervenire, il cui *dies ad quem* dipenderà dalla data fissata dalla Corte per la trattazione della questione autorimessa, a fronte della prospettiva di un più incisivo intervento, in tale sede, sul tessuto normativo nel quale è compresa la disposizione censurata. È quanto accaduto in una recente vicenda riguardante la c.d. regola del patronimico (ord. n. 18 del 2021), nella quale la Corte era chiamata a decidere sulla conformità a Costituzione della mancata previsione, in caso di accordo tra i genitori, della possibilità di trasmettere al figlio nato fuori del matrimonio il cognome materno. Per assumere la sua decisione, la Corte ritiene sia logicamente pregiudiziale e strumentale risolvere la questione sull'art. 262, primo comma, codice civile, nella parte in cui, «in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori». In tal modo, l'originaria richiesta di limitata addizione si trasforma in una prospettata, assai più incisiva, sostituzione, che la Corte è stata poi “costretta” a compiere con la sent. n. 131 del 2022, in assenza dell'intervento del legislatore, che si sarebbe dovuto realizzare, ovviamente, nel tempo che separava l'auto-sollevazione della questione dall'assunzione della relativa decisione. Nell'ord. n. 18 del 2021 la Corte ricorda i propri precedenti moniti in materia (espressi in diverse forme e con differente intensità in ord. n. 176 del 1988, sent. n. 61 del 2006, ord. n. 145 del 2007, sent. n. 286 del 2016) e si dichiara consapevole del fatto che sono «legittimamente prospettabili soluzioni normative differenziate»; ma ritiene che «l'esame di queste specifiche

⁴⁸⁵ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale* (ottobre 1981-luglio 1985), in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 299 ss., e ora in CORTE COSTITUZIONALE, 1956-2006. *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma, 2006, 969 (corsivo mio).

⁴⁸⁶ Di nuovo L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, cit., 515 ss., ora in CORTE COSTITUZIONALE, 1956-2006, cit., 958, che sottolineava anche come sia «innegabile che il Parlamento procede per la sua strada, lasciando sovente senza seguito le indicazioni della Corte e talvolta addirittura contraddicendole».

istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso, poiché l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia».

Anche in questo caso la discrezionalità del legislatore diviene limite relativo al sindacato nel merito, non potendo la Corte «più esimersi dal rendere effettiva la “legalità costituzionale”». Ma lo strumento impiegato non può dirsi mera alternativa rispetto all'ordinanza di rinvio a data fissa. Esso è, infatti, ontologicamente diverso, utilizzabile solo quando la soluzione della specifica questione presupponga, inscindibilmente e preliminarmente, la risoluzione di altro dubbio di costituzionalità che è la stessa Corte a porsi. Quando per risolvere il dilemma particolare occorre sciogliere quello generale, la Corte non può che utilizzare l'autorimessione piuttosto che il rinvio con invito al legislatore a rivedere organicamente la disciplina. In un caso come quello appena ricordato, il rinvio sarebbe stato, infatti, improduttivo, non potendo lo stesso giustificare una successiva pronuncia che, anziché colpire previsioni immediatamente “conseguenti” a quelle dichiarate incostituzionali, avrebbe dovuto incidere su disposizioni costituenti la premessa normativa generale della particolare statuizione o della specifica omissione. Sarebbe stata una forzatura non consentita del rapporto tra chiesto e pronunciato, non giustificabile nei termini di una illegittimità consequenziale.

3. Le decisioni manipolative nel più recente periodo: oltre le “rime obbligate”?

In una recente pronuncia (sent. n. 222 del 2018) la Corte ha avvertito il bisogno di precisare che le sue manipolazioni dei testi normativi possono avvenire, almeno in taluni casi, anche al di fuori di una «rigida esigenza di “rime obbligate”». Questo è accaduto, principalmente, nello scrutinio sulla proporzionalità delle sanzioni penali (o anche amministrative “a carattere punitivo”).

Le “giustificazioni” proposte dalla Corte per argomentare l'intervento più penetrante, spesso di tipo sostitutivo e non meramente additivo, sembrano essere, ad oggi, le seguenti: esistenza di un precedente monito, espresso in decisione che già aveva individuato la violazione della Costituzione con pressante invito a intervenire rivolto, senza esito, al legislatore (ne sono esempio le sentt. nn. 40 e 99 del 2019, rispettivamente riguardanti la dosimetria della pena rispetto a fatti concernenti le c.d. droghe pesanti e la detenzione domiciliare “umanitaria” per infermità psichica sopravvenuta); presenza nel sistema di altra “regola” con la quale colmare la lacuna, contenuta in disciplina diversa da quella scrutinata, che sia legata a quest'ultima da un «nesso reale e stretto» (sent. n. 236 del 2016, pronuncia sostitutiva in materia di pene per i delitti di alterazione di stato)⁴⁸⁷ o, comunque, caratterizzata da «piena omogeneità finalistica», tale da consentire di assumerla come “punto di riferimento” (sent. n. 40 del 2023, in tema di sanzioni per le inadempienze delle strutture di controllo delle produzioni agroalimentari registrate con denominazione DOP o IGP).

In presenza di tali presupposti, la Corte ha operato significativi interventi sulla dosimetria delle pene o delle sanzioni amministrative, “sostituendo” il minimo edittale o addirittura trasformando la sanzione fissa in modulabile, considerando l'entità della stessa come massima e “introducendo” la minima attraverso l'impiego dei “punti di riferimento” tratti dal sistema normativo. Non solo, essa ha anche ritenuto che la mancata precisazione del “verso” da parte

⁴⁸⁷ Così N. ZANON, “*Stagioni creative*” della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti), in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020, 392, che della sent. n. 236 del 2016 è stato redattore.

del rimettente ai fini della integrazione o della sostituzione non sia causa di inammissibilità della questione⁴⁸⁸, essendo comunque la Corte libera di individuare una «statuizione costituzionalmente obbligata» o «adeguata» diversa da quella proposta dal giudice *a quo*.

Nel compiere tali operazioni l'onere motivazionale dovrebbe essere «aggravato», più stringente, nel senso di dover dimostrare, in caso di utilizzo della pronuncia sostitutiva, che la mera ablazione provocherebbe una situazione di maggiore incostituzionalità rispetto a quella che si andrebbe a rimuovere, contenendo comunque l'integrazione (e ciò vale anche per le sentenze additive) entro binari già tracciati nel sistema normativo. In particolare, il «vuoto» non potrà essere lasciato quando alla pronuncia ablativa consegua «una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali» (sent. 185 del 2021). Fuori da tali casi-limite, il vuoto normativo non osta all'adozione di una pronuncia meramente ablativa, spettando poi al legislatore la rimodulazione della disciplina⁴⁸⁹. Tale ultima possibilità – la rimodulazione della disciplina – è invero affermata, se non auspicata, anche quando la Corte integra o sostituisce parzialmente la disposizione censurata per evitare mere ablazioni che provocherebbero «insostenibili vuoti di tutela»: ben potrà il legislatore compiere una diversa scelta, purché rispettosa del principio di proporzionalità, non essendo quella compiuta dal giudice delle leggi «opzione costituzionalmente obbligata» (sent. n. 40 del 2019).

Non vi è dubbio che da queste evoluzioni giurisprudenziali, per quanto sinteticamente descritte, emergano dei profili di «novità» rispetto al passato, fortemente determinati dalla dichiarata volontà di evitare la produzione di «zone franche» del giudizio di costituzionalità.

Ma ciò non significa, ancora, che la logica delle «rime obbligate» sia stata del tutto abbandonata, specie se le stesse sono intese nel modo in cui originariamente le propose Vezio Crisafulli: l'esigenza di rime obbligate è soddisfatta attraverso l'estensione o l'esplicitazione di «qualcosa che, *seppure allo stato latente*», sia «già compreso nel sistema normativo in vigore»⁴⁹⁰. Questo artificio retorico è servito per giustificare l'utilizzo di decisioni manipolative, per poter affermare che le stesse non erano, in realtà, invasive della sfera del legislatore, ma al tempo stesso costituiva (e costituisce) argine all'operare della Corte dovendo la soluzione integrativa essere ricavata dal sistema e non da essa arbitrariamente «inventata». Mi pare che la Corte si muova ancora entro questi confini, attraverso l'integrazione della lacuna, ove l'esito dell'inerzia legislativa si palesi in una vera e propria forma di inattuazione costituzionale (ricorso alla sentenza additiva), ovvero attraverso la sostituzione della statuizione normativa, ove il vuoto che sarebbe creato dalla sua mera rimozione provocherebbe, come si è detto,

⁴⁸⁸ Indicazioni in tal senso si trovano già in F. MODUGNO – P. CARNEVALE, *Sentenze additive, soluzione «costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. Cost.*, 1990, 281.

⁴⁸⁹ È quanto accaduto nella sent. n. 185 del 2021, avente per oggetto la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria (a carattere punitivo) pari a cinquantamila euro a carico del titolare della sala o del punto di raccolta o di vendita dei giochi per l'inosservanza degli obblighi a carattere informativo sul rischio di dipendenza dal gioco d'azzardo. La Corte scrive che «il deficit di tutela conseguente all'ablazione della norma denunciata non attinge [...] a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca – e l'indicazione, da parte del giudice rimettente (sentenze n. 115 del 2019 e n. 233 del 2018) – di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate, suscettibili di essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella sospettata di illegittimità costituzionale, in attesa di un intervento legislativo».

⁴⁹⁰ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978 (anche in *Giur. Cost.*, 1976), 84; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II,2, La Corte costituzionale, V ed., Padova, 1984, 497.

una situazione di maggiore incostituzionalità (ricorso alla pronuncia sostitutiva, con la quale il giudice delle leggi finisce per colmare la lacuna da lui stesso prodotta).

4. Il governo degli effetti temporali dell'incostituzionalità.

Sempre all'esigenza di evitare la creazione di situazioni di maggiore incostituzionalità si ispirano le decisioni temporalmente manipolative, in specie le sentenze che limitano o negano l'efficacia retroattiva dell'incostituzionalità.

Nel recente periodo un primo esempio può essere rinvenuto nella nota sentenza sulla legge elettorale (n. 1 del 2014), nella cui motivazione è esplicitamente affermata non soltanto la "salvezza" dell'elezione dei parlamentari, ormai consacrata con la loro proclamazione, e degli atti da loro compiuti, ma anche di quelli che saranno posti in essere sino allo svolgimento delle successive consultazioni elettorali. Per questi ultimi a venire in rilievo è il «principio fondamentale di continuità dello Stato», invocato dalla Corte come ragione evidentemente idonea a sostenere la sostanziale (non esplicitata nel dispositivo) limitazione degli effetti temporali della pronuncia. Ci troviamo di fronte a una «retroattività bilanciabile», come è stato acutamente osservato⁴⁹¹ e come poi la Corte ha esplicitato in successive pronunce anche formalmente definibili (per espressa indicazione nel dispositivo) quali decisioni di incostituzionalità *pro futuro* (sentt. nn. 10 del 2015, sulla c.d. Robin Tax, e 152 del 2020, sull'«incremento al milione» della pensione di inabilità) o, addirittura, ad effetti differiti (sent. n. 41 del 2021 sullo *status* dei magistrati onorari che svolgono le funzioni di giudici ausiliari di appello)⁴⁹².

È con la sent. n. 10 del 2015, in particolare, che si riapre il dibattito sulla modulazione degli effetti temporali dell'incostituzionalità, dopo i precedenti, rimasti per lo più isolati, della fine degli anni Ottanta (in particolare, sentt. nn. 266 e 501 del 1988, 50 del 1989), che avevano suscitato significative riflessioni sul tema⁴⁹³. In ragione delle circostanze eccezionali del caso concreto, la Corte ritiene che la dichiarata efficacia solo *pro futuro* della pronuncia costituisca l'esito di un'operazione di bilanciamento, riguardando la retroattività quale «principio generale» che, «tuttavia, non è privo di limiti», dovendosene valutare l'impatto su altri principi o diritti che «altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati». La Corte arriva persino ad escludere la produzione degli effetti dell'incostituzionalità con riferimento al giudizio *a quo*,

⁴⁹¹ M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2/2014, 21 settembre 2014.

⁴⁹² Non mancano pronunce temporalmente manipolative anche nel giudizio in via principale: sentt. nn. 370 del 2003, 13 del 2004, 251 del 2016, 71 e 74 del 2018.

⁴⁹³ Ampi richiami a questo dibattito si trovano a commento della sent. n. 10 del 2015 in M. RUOTOLO – M. CAREDDA, *Virtualità e limiti della regolazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax, in *Rivista di diritto tributario*, 11/2014, II, 476 ss. (contributo pubblicato anche in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, 2/2015). Il riferimento è, anzitutto, al seminario dal titolo *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale* anche con riferimento alle esperienze straniere, i cui Atti sono stati pubblicati dall'editore Giuffrè di Milano nel 1989. Il tema ha formato oggetto di approfondimenti anche in altri Seminari di studi promossi dalla Corte costituzionale agli inizi degli anni Novanta, quali *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990 e *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della costituzione*, Milano, 1993. Nello stesso periodo si vedano gli Atti del primo Seminario del Gruppo di Pisa, intitolato *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 1991, e i successivi lavori monografici di M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni d'incostituzionalità*, Milano, 1993, R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993, F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova, 1997, M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000.

ritenendo che il “vantaggio” che la parte interessata consegue dalla pronuncia deve essere eguale a quello ottenuto da tutti gli altri soggetti interessati, traducendosi nella sottrazione *pro futuro* all'imposizione tributaria ritenuta incostituzionale. Si tratta del punto probabilmente più criticato dalla dottrina, ritenendosi l'esclusione di effetti della decisione di incostituzionalità nel giudizio *a quo* contraria alla logica dell'incidentalità e, in particolare, della necessaria pregiudizialità tra processo costituzionale e giudizio principale.

In tutte le menzionate pronunce temporalmente manipolative si fa riferimento, sia pure con diversità di sfumature, all'esigenza di evitare situazioni di maggiore incostituzionalità⁴⁹⁴, tenendo conto ora della «gradualità» nell'attuazione dei valori costituzionali, ora del principio di «continuità» dell'ordinamento normativo, ora delle conseguenze economico-finanziarie che si sarebbero potute determinare (con ricadute, specialmente, sui principi di eguaglianza e solidarietà, in correlazione all'esigenza dell'equilibrio di bilancio), ora del possibile travolgimento delle attività processuali poste in essere dai giudici in un certo settore per un periodo di tempo particolarmente ampio (per i possibili gravi pregiudizi all'amministrazione della giustizia).

La retroattività appare nella sua forma di regola defettibile se non di principio suscettibile di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale⁴⁹⁵. Trova così conferma l'intuizione di Carlo Mezzanotte, per cui il problema dei limiti alla retroattività delle decisioni della Corte è «un problema di bilanciamento e dunque di ragionevolezza»; è «un problema di diritto costituzionale sostanziale», che impone di individuare e saggiare «la durezza» dei principi che possono fungere da limiti al normale retroagire delle sentenze di accoglimento rispetto agli altri che vengano di volta in volta in considerazione»⁴⁹⁶.

Non si vuole mettere in dubbio che la retroattività risponda alla logica dell'incidentalità e che sia portato di esigenze di rilievo costituzionale, a partire da quelle scaturenti dal principio di eguaglianza; né si intende negare che in ragione di ciò il principio che essa esprime si trovi in posizione di preminenza nella prospettiva del bilanciamento. Ciò che si vuole negare è che essa debba, sempre e comunque, prevalere su qualsiasi altro diritto o interesse che sarebbe inevitabilmente destinato a soccombere per effetto di una pronuncia avente, appunto, piena efficacia retroattiva.

Vero è che l'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953 afferma che «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Ma tale previsione è suscettibile di interpretazione specie alla luce di quanto disposto dall'art. 136 della Costituzione, che significativamente si riferisce alla “cessazione di efficacia” della norma dichiarata incostituzionale, senza dunque escludere la possibilità che la pronuncia possa avere valenza solo *pro futuro*. Certo, la scelta per l'incidentalità consacrata in una disposizione di legge costituzionale (art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1) sembra implicare che la norma dichiarata incostituzionale non possa trovare applicazione nel giudizio *a quo*, ma in sé non comporta il necessario analogo effetto in tutti gli altri procedimenti pendenti. Come può escludersi, allora, che la Corte abbia

⁴⁹⁴ Come già affermato da F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 15, il compito istituzionale affidato alla Corte è proprio quello di «eliminare bensì le leggi incostituzionali dall'ordinamento, ma senza produrre situazioni di maggiore incostituzionalità, senza che gli esiti del suo giudizio siano ancor più pregiudizievoli per l'ordinamento».

⁴⁹⁵ Al riguardo, di recente, M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, Torino 2019, 203 ss.

⁴⁹⁶ Entrambe le citazioni sono di C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 44.

marginari di interpretazione che le consentano di qualificare la retroattività come principio o come regola defettibile?

La retroattività viene così condotta nella dimensione «del peso o dell'importanza»⁴⁹⁷, si erge a comando di ottimizzazione dei valori che esprime, da realizzare senz'altro nella misura più ampia, in relazione alle possibilità di fatto o di diritto⁴⁹⁸.

In una logica inclusiva, che è propria del giudizio di costituzionalità e che rifugge dalla prospettiva dell'«assoluto», del «tutto o niente» – nessun valore può essere «tiranno»⁴⁹⁹ – ben può spiegarsi, insomma, l'interpretazione offerta dalla Corte con riguardo all'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, che finisce per legittimare l'eccezionale defettibilità della retroattività ove la sua applicazione determinerebbe, come si è detto, una situazione di maggiore incostituzionalità.

D'altra parte, se contenuta nei termini dell'eccezione, la modulazione degli effetti temporali dell'incostituzionalità dovrebbe essere riguardata come «manifestazione di virtù passiva e di capacità di autocontrollo» del nostro giudice costituzionale e non come «espressione di attivismo giudiziale e di ingerenza nelle attribuzioni altrui»⁵⁰⁰. Fondamentale, piuttosto, è che la Corte si attenga, nel far uso di tale potere, a un «principio di stretta proporzionalità»⁵⁰¹, assolvendo a un particolare onere motivazionale⁵⁰² il cui soddisfacimento richiede, tra l'altro, una puntuale dimostrazione circa la ricorrenza della condizione di «impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento», limitando «la compressione degli effetti retroattivi» a «quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco»⁵⁰³.

⁴⁹⁷ Si usa la terminologia di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1978), Bologna, 1982, 93 ss.

⁴⁹⁸ D'obbligo il riferimento a R. ALEXI, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, 1995, 177 ss.

⁴⁹⁹ Lo esplicita la Corte nella sent. n. 85 del 2013, riferendosi, significativamente, al campo dei diritti fondamentali: in caso di conflitto, nessun diritto fondamentale può vantare una «prevalenza assoluta» sugli altri, né essere totalmente sacrificato; i diritti tutelati dalla Carta repubblicana si trovano in rapporto di «integrazione reciproca»; la «illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette», equivarrebbe a negazione del pluralismo su cui si basa la Costituzione. Non è altro che lo sviluppo dell'antica idea per cui il «concetto di limite è insito nel concetto di diritto», già fatta propria dalla Corte nella sua prima decisione, con l'affermazione per cui «nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile» (sent. n. 1 del 1956).

⁵⁰⁰ Secondo l'indicazione di C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività*, cit., 45 s.

⁵⁰¹ Si veda M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in www.cortecostituzionale.it, specie 5 ss.

⁵⁰² Sul quale insiste in modo particolare, S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 284.

⁵⁰³ Si riprendono alcune frasi contenute nel punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. n. 10 del 2015, della quale è stata redattrice Marta Cartabia, che sembrano rispondere all'esigenza di dimostrare che lo specifico contenimento dell'efficacia retroattiva era funzionale al perseguimento del «fine della maggior possibile reintegrazione dell'interesse costituzionalmente protetto posto a base della decisione di accoglimento», considerato da altra autorevole dottrina come valore fondamentale sul quale sempre più si modella il ruolo concretamente assunto dalla Corte nel sistema (G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 51 s.).

5. Per concludere.

Lo sguardo qui proposto sulla recente giurisprudenza costituzionale induce a confermare che il sindacato di costituzionalità tende sempre più a configurarsi come «controllo cooperativo»⁵⁰⁴, nella costante ricerca, come un tempo si diceva, di collaborazione dialettica con le altre istituzioni⁵⁰⁵.

A dire il vero l'istanza cooperativa sembra aver meglio funzionato nei rapporti con la magistratura, come dimostrato dall'ampio impiego delle decisioni interpretative di rigetto – non oggetto della presente trattazione – per “suggerire” soluzioni conformi a Costituzione quando non lo impedisca la «resistenza insuperabile» opposta dalla lettera del testo normativo o dal “diritto vivente” su di esso formatosi. Un utilizzo che ha avuto, nel complesso, un positivo seguito nella giurisprudenza comune e di legittimità.

Il legislatore, invece, si è sempre mostrato restio a dare seguito alle indicazioni della Corte, espresse in forme più o meno vincolanti. È il segno di quella che altrove ho definito “apatia costituzionale”, della crescente “indifferenza” della politica e degli organi rappresentativi nello svolgimento del compito dell'attuazione della Costituzione⁵⁰⁶.

Di ciò occorre prendere atto, comprendendo le ragioni delle “creazioni” o delle “innovazioni” giurisprudenziali, tese ad assolvere quel compito di “rendere giustizia costituzionale”⁵⁰⁷ che non tollera una passiva osservazione dell'esistente. Il che non vuole dire che la Corte propenda o debba propendere per l'“attivismo giudiziario”, ma che non si possa nemmeno rifugiare in una sterile “autolimitazione”. Come ci è stato insegnato, il primo, legato a «una cieca fiducia nella capacità delle ideologie di plasmare il mondo, slitta pericolosamente verso un eccesso di immanenza»; la seconda, legata alla fredda idea del «silenzio costituzionale» o dell'«appagamento legislativo», appare «altrettanto pericolosamente» orientata «verso un eccesso di trascendenza»⁵⁰⁸.

Occorre piuttosto cercare un equilibrio tra i due poli, un contemperamento tra le ragioni della «superiore razionalità della *iuris-dictio*» delle Corti costituzionali e le «permanenti, fortissime, ragioni democratiche della *legis-latio*»⁵⁰⁹. Avendo la capacità di guardare alla giurisprudenza costituzionale nel suo complesso e continuo incedere, senza fossilizzarsi sulla singola pronuncia, per non correre il rischio, nel fissare l'albero, di perdere la dimensione della foresta.

L'attenzione andrebbe spostata sul ruolo della Corte nel sistema, riprendendo le riflessioni, ancora attualissime, proposte un secolo fa nel confronto Kelsen-Schmitt, che

⁵⁰⁴ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, 85.

⁵⁰⁵ Come ha scritto V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 86: «Il dovere di noi tutti, per quanto ora ci interessa, è di adoperarsi lealmente nella comune ricerca di punti d'incontro per realizzare quella collaborazione dialettica tra chi fa le leggi e chi è chiamato a controllarne la costituzionalità, che risponde al disegno tracciato in Costituzione».

⁵⁰⁶ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Dir. e Soc.*, 2020, 71.

⁵⁰⁷ G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 979; ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 13/11/2020.

⁵⁰⁸ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, rist. 2014, 114.

⁵⁰⁹ La ricerca di tale equilibrio è considerata fondamentale da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, 4/2017, 16.

hanno trovato sviluppo nei tanti lavori riguardanti la doppia anima – giurisdizionale e politica – dei Tribunali costituzionali. Al riguardo, si dovrebbe avere ormai consapevolezza del fatto che, se le istanze, molteplici e contraddittorie, che vengono dalla società non trovano una mediazione politica, allora la Corte non potrà che aver bisogno di «strumenti flessibili, di discrezionalità larghe, di poteri di intervento diversificabili e non condizionati alla logica rigorosa del precedente»⁵¹⁰.

Non credo che l'adesione a questa impostazione possa essere considerata strumentale per la ricerca di giustificazioni, sempre e comunque, degli atteggiamenti "creativi" del giudice costituzionale. Tutt'al contrario, serve a prendere consapevolezza circa la necessità di un recupero della centralità del ruolo del Parlamento. Rivendicando, sempre, l'importanza della pratica compromissoria, della costante e continua mediazione tra maggioranza e minoranza⁵¹¹, che si vorrebbe marginalizzare attraverso la mistificazione della rappresentanza politica, non più strumento per proiettare la conflittualità sociale nei centri di decisione politica⁵¹², ma mezzo per consentire al "vincente" nella competizione elettorale di assumere in essi una posizione di assoluto dominio. È da auspicare – come già faceva Carlo Mezzanotte – che «il Parlamento, entro i confini in cui è ancora possibile, si riappropri del suo destino e non lasci che siano gli eventi a sospingerlo in una posizione periferica nei processi di decisione politica»⁵¹³. Se ne gioverebbe anche la Corte, che potrebbe svolgere al meglio i propri compiti, senza forzature, apparenti o reali, motivate dall'esigenza di "rendere giustizia costituzionale", e nel pieno rispetto delle regole processuali.

⁵¹⁰ Ancora C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 170 s.

⁵¹¹ È questa l'essenza della democrazia, come già scriveva H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia*, Bologna, 1998, 104.

⁵¹² G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in Riv. Dir. Cost., 1998, 20 ss.

⁵¹³ C. MEZZANOTTE, *Relazione generale sul Parlamento*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2000: il Parlamento*, Padova, 2001, 307.

PARTE V

LE REGOLE DEL PROCESSO COSTITUZIONALE NEL GIUDIZIO INCIDENTALE

Marina Maiella

Dopo l'ordinanza di rimessione: adempimenti del giudice comune e procedure interne alla Consulta*

SOMMARIO: 1. – Premessa; 2. – Gli adempimenti conseguenti all'emanazione dell'ordinanza di rimessione; 3. – La verifica della regolarità dell'ordinanza di rimessione.

1. Premessa.

Gli adempimenti immediatamente successivi all'emanazione dell'ordinanza rimessione della questione di legittimità costituzionale sono di competenza dell'ufficio del giudice *a quo* e hanno carattere formale. Essi sono tuttavia essenziali per la regolare instaurazione del giudizio di costituzionalità, in quanto attengono alla tutela del diritto di difesa dinanzi alla Corte costituzionale e alla integrità del contraddittorio che ne costituisce il presupposto necessario. La regolarità e la puntualità di tali adempimenti, ove risultino non adeguatamente tempestivi, incidono sulla ragionevole durata del giudizio *a quo* che, nel frattempo, rimane sospeso nonché sul tempo di fissazione della questione dinanzi alla Corte, e quindi sulla durata del giudizio di costituzionalità che potrebbe dilatarsi, anche per periodi molto lunghi.

I giudizi di costituzionalità attualmente si contraddistinguono per essere normalmente decisi dalla Corte in tempi di ragionevole durata.⁵¹⁴ Peraltro, dal momento dell'emanazione dell'ordinanza di rimessione la durata complessiva del giudizio può essere più o meno lunga. E può gravare su di essa l'esatta esecuzione degli adempimenti amministrativi conseguenti all'emanazione all'ordinanza di rimessione. La problematica riguarda attualmente, in termini percentuali, il 30 per cento circa degli atti di promovimento del giudizio incidentale di legittimità costituzionale. Il processo costituzionale telematico, introdotto con le nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale⁵¹⁵, entrate in vigore il 3

* La presente relazione è aggiornata alla data 31 Maggio 2023

⁵¹⁴ Dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'atto di promovimento al deposito della sentenza generalmente non trascorre più di un anno. Per l'anno 2022, nel giudizio in via incidentale, la media dei giorni trascorsi, tra la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'ordinanza di rimessione e la data di trattazione in udienza pubblica o in camera di consiglio, è stata di 292 giorni. Cfr. il documento del Servizio Studi della Corte costituzionale, *Dati quantitativi e di analisi*, pubblicato sul sito www.cortecostituzionale.it, predisposto in occasione della Riunione straordinaria del 13 aprile 2023. La media dei giorni trascorsi tra la data di deposito dell'ordinanza rimessione e la data della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, per l'anno 2022, è stata invece di 21 giorni.

⁵¹⁵ Le nuove Norme integrative, approvate con deliberazione della Corte costituzionale del 22 luglio 2021, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 3 novembre 2021, n. 262, sono entrate in vigore il 3 dicembre 2021 e si applicano ai giudizi incardinati da quella data. Il testo originario delle Norme integrative approvato il 16 marzo 1956 era stato già sostituito interamente con deliberazione del 7 ottobre 2008. La revisione operata

dicembre 2021, ha consentito peraltro una riduzione dei tempi di trasmissione rituale dell'ordinanza di rimessione.

2. Adempimenti conseguenti all'emanazione dell'ordinanza di rimessione.

La normativa di riferimento per individuare gli adempimenti a cui è tenuto l'ufficio del giudice *a quo*, una volta emanata l'ordinanza di rimessione, è contenuta nell'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87 e nell'art. 1 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Come è noto, l'art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 prevede che l'autorità giurisdizionale, emessa l'ordinanza, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte e sospende il giudizio in corso. Prima di tale trasmissione devono essere curati, però, essenziali adempimenti e cioè quelli indicati nel quarto comma dell'art. 23, il quale prevede che il giudice ordina che, a cura della cancelleria, l'ordinanza sia notificata, quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattimento, alle parti in causa e al pubblico ministero, quando il suo intervento sia obbligatorio (e quindi, sempre nel processo penale e nei casi elencati dall'art. 70, primo comma, del codice di procedura civile), nonché al Presidente del Consiglio dei ministri, se si tratta di legge statale o al Presidente della Giunta regionale, se si tratta di legge regionale.⁵¹⁶ L'ordinanza deve essere comunicata, inoltre, ai Presidenti delle due Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale interessato con la finalità di porre il Parlamento o il Consiglio regionale nella condizione di conoscere che un proprio provvedimento è stato portato a giudizio della Corte e consentire loro, nel caso, di intervenire e modificarlo prima della decisione della Corte.

A norma dell'art. 1 delle Norme integrative, l'ordinanza con cui il giudice, davanti al quale pende la causa, solleva la questione di legittimità costituzionale, è trasmessa, con modalità telematica, alla Corte insieme con gli atti e con la prova delle eseguite notificazioni e comunicazioni prescritte nell'art. 23 della legge n. 87 del 1953. Il nuovo testo dell'art. 1 non differisce sostanzialmente dal precedente se non per l'inciso «con modalità telematica».⁵¹⁷ Dalle norme appena ricordate si evince, quindi, che l'ordinanza di rimessione e gli atti di causa possono essere trasmessi alla Corte soltanto dopo che la cancelleria del giudice rimettente abbia provveduto a notificare e comunicare l'ordinanza a tutti i soggetti indicati nell'art. 23

con il testo vigente delle Norme integrative verte principalmente sull'introduzione del processo costituzionale telematico e porta anche a compimento la riforma del processo costituzionale approvata con deliberazione dell'8 gennaio 2020 con la quale sono stati disciplinati l'accesso degli intervenienti agli atti processuali (art. 5), l'ammissibilità delle opinioni degli *amici curiae* (art. 6), l'audizione degli esperti che possono essere interpellati dalla Corte (art. 17). Il nuovo testo delle Norme integrative, finalizzato all'adeguamento delle norme all'introduzione del processo costituzionale telematico, struttura anche in modo più organico le novità introdotte nel 2020, modificando la sistemazione, la numerazione e la rubricazione dei relativi articoli. Successive modificazioni, deliberate dalla Corte il 24 maggio 2022, concernono l'approfondimento della questione, tramite specifici quesiti che possono essere formulati dal giudice relatore, d'intesa con il Presidente, e comunicati a cura del cancelliere ai difensori almeno cinque giorni prima della data di udienza (art. 10, comma 3) ed eventuali ulteriori domande in udienza rivolte ai difensori da parte di ciascun giudice, e i tempi di discussione stabiliti dal Presidente (art. 20, commi 3 e 4).

⁵¹⁶ Qualora sia censurata una legge di una delle due Province autonome, di Trento e di Bolzano, l'ordinanza di rimessione va notificata al Presidente della Giunta provinciale.

⁵¹⁷ Il testo previgente dell'art. 1 delle Norme integrative recitava: «1. L'ordinanza, con cui il giudice, singolo o collegiale, davanti al quale pende la causa, promuove il giudizio di legittimità costituzionale, deve essere trasmessa alla Corte costituzionale insieme con gli atti e con la prova delle notificazioni e delle comunicazioni prescritte nell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.»

della legge n. 87. Le prove delle notificazioni e comunicazioni effettuate devono essere trasmesse insieme all'ordinanza di rimessione e agli atti di causa.

Il mancato rispetto della procedura indicata preclude l'ulteriore corso del giudizio costituzionale.

La prescrizione concernente le notificazioni alle parti è volta, ha precisato la Corte, ad assicurare ad esse la conoscenza del giudizio costituzionale e conseguentemente la possibilità di parteciparvi e trova fondamento nell'art. 24 della Costituzione, che ne garantisce il diritto di difesa anche nel giudizio di costituzionalità, ovviamente inteso come possibilità di intervento, non certo come obbligo, ben potendo le parti interessate decidere di non costituirsi nel giudizio dinanzi alla Corte (sentenza n. 258 del 2012, ordinanze n. 377 del 2006, n. 13 del 2006, n. 104 del 1999, n. 202 del 1983).

Si pone a questo punto il problema dell'identificazione dei soggetti ai quali deve essere notificata l'ordinanza di rimessione. Il riferimento nel quarto comma dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953 alle parti in causa *tout court* comporta che non possa distinguersi tra parti costituite o non costituite nel processo principale.⁵¹⁸ Sono «parti in causa», a ciascuno delle quali deve essere effettuata la notificazione dell'ordinanza, quindi ha precisato la Corte, tutti i soggetti tra i quali è in corso il giudizio principale (sentenza n. 270 del 2010, ordinanze n. 377 del 2006, n. 13 del 2006), anche se in esso siano rimasti contumaci (ordinanza n. 104 del 1999).

Per il riconoscimento della qualità di parte del giudizio principale, la Corte ha precisato che deve farsi riferimento al momento in cui il giudice emana l'ordinanza di rimessione, non rilevando quindi la costituzione successiva al deposito o alla lettura in dibattimento dell'ordinanza di rimessione (tra le altre, sentenze n. 220 e n. 531 del 1988).

La Corte nelle pronunce relative ai giudizi incidentali nei quali ha riscontrato direttamente la mancata notificazione dell'ordinanza a tutte le «parti in causa»⁵¹⁹ ha affermato che la norma contenuta nell'art. 23 costituisce norma speciale del processo costituzionale incidentale, dettata in riferimento a qualsiasi tipo di processo nel quale la questione può essere sollevata e collega l'onere di notificazione alla sola circostanza che, in relazione al tipo di processo di cui trattasi, un soggetto se ne possa considerare parte (ordinanze n. 377 del 2006, n. 13 del 2006).

In un primo tempo, in caso di incompletezza delle notifiche, la Corte si era orientata per la manifesta inammissibilità della questione per violazione di un adempimento essenziale, tale da integrare la violazione del contraddittorio e la lesione del diritto di difesa della parte pretermessa (ordinanze n. 13 del 2006, n. 377 del 2006, n. 395 del 1997, n. 372 del 1995, n. 202 del 1983, n. 104 del 1999). Più recentemente ha cambiato orientamento e con ordinanza n. 47 del 2012⁵²⁰, riscontrato un difetto di notificazione dell'ordinanza di rimessione al

⁵¹⁸ La nozione di parte nel giudizio incidentale di costituzionalità è illustrata ampiamente in G. AMOROSO e G. PARODI, *Il giudizio di costituzionalità*, Milano 2015, 195-203.

⁵¹⁹ L'art. 2 delle Norme integrative prevede il potere di accertamento del Presidente della Corte, sulla base delle verifiche effettuate dal cancelliere, ai sensi del regolamento di cancelleria, della regolarità dell'ordinanza, delle notificazioni e delle comunicazioni previste dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953.

⁵²⁰ La Corte, con la ordinanza n. 47 del 2012, richiama la ordinanza n. 81 del 1964 nella quale aveva già affermato che, una volta rilevata la mancata notificazione dell'ordinanza di rimessione ad una delle parti in causa, va disposta la restituzione degli atti al giudice rimettente affinché venga eseguita la notificazione alla parte pretermessa. Anche nella sentenza n. 259 del 2006 - con la quale la Corte respinge l'eccezione di inammissibilità della questione proposta dall'Avvocatura generale dello Stato in ragione della circostanza che l'ordinanza di rimessione è stata soltanto comunicata nel dispositivo, e non già notificata, al Presidente del Consiglio dei ministri, non avendo l'Avvocatura dedotto alcun pregiudizio per il suo diritto di difesa (che ha, peraltro, ritualmente esercitato), la Corte afferma che la lamentata irregolarità del procedimento non determinerebbe, in sé, l'inammissibilità della questione ma la restituzione degli atti al giudice a quo perché provveda al compimento dell'atto prescritto dalla legge.

litisconsorte necessario, ha ordinato la restituzione degli atti al rimettente affinché provvedesse all'integrazione del contraddittorio⁵²¹. La Corte sottolinea che l'art. 23, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, almeno per quanto attiene alle «parti in causa», è diretto a salvaguardare l'integrità del contraddittorio nel giudizio davanti a sé, prevedendo un caso speciale di litisconsorzio necessario (di tipo processuale). Tale disposizione pertanto, osserva la Corte, deve essere preferibilmente interpretata in armonia con le disposizioni del processo civile, tributario e amministrativo, in base alle quali la mancata instaurazione del giudizio nei confronti di un litisconsorte necessario comporta non l'inammissibilità dell'atto introduttivo, ma solo la necessità che il giudice ordini l'integrazione del contraddittorio.

Quanto alla indispensabilità della notificazione dell'ordinanza di rimessione alla parte contumace, la Corte ha costantemente affermato che la parte non costituita ha un interesse diretto e differenziato alla decisione di costituzionalità. Si consideri la posizione di una parte convenuta che preferisca rimanere contumace in considerazione della ipotizzata manifesta infondatezza della pretesa esercitata dall'attore sulla base di una puntuale norma di legge da cui emergerebbe la sua inconsistenza. Se il giudice solleva questione proprio su quella norma è evidente che il contumace ha un interesse specifico a costituirsi nel giudizio dinanzi alla Corte, anche se era rimasto invece contumace nel giudizio principale⁵²². È quello che si è verificato a seguito della ordinanza n. 47 del 2012: la parte contumace nel giudizio *a quo* ha invece ritenuto opportuno costituirsi innanzi alla Corte, come si evince dalla successiva sentenza n. 258 del 2012.

La Corte ammette la sanatoria della notifica irregolare quando la parte si costituisce (sentenza n.194 del 1993), anche quando si costituisce per eccepire la nullità della notifica stessa (sentenza n. 259 del 2006).⁵²³

La notifica dell'ordinanza di rimessione segue le regole del processo originario ed è pertanto disciplinata dalle norme in questo applicabile (sentenza n. 94 del 2009).

Effettuate le notificazioni e le comunicazioni prescritte, la cancelleria del giudice *a quo* deve trasmettere l'ordinanza e il fascicolo processuale alla cancelleria della Corte costituzionale, con le prove delle avvenute notificazioni e comunicazioni. La trasmissione deve essere immediata, prescrive l'art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953. Mediamente trascorre qualche mese e comunque meno di un anno dalla emissione dell'ordinanza di rimessione al deposito presso la cancelleria della Corte costituzionale. Tuttavia, non sono rari i casi in cui la trasmissione rituale sia avvenuta con notevole ritardo. Negli anni recenti si registra un numero più contenuto di tali casi ma va considerata la minore quantità di atti di promovimento pervenuti per il giudizio incidentale.

Qualche esempio riferito alle pronunce della Corte degli ultimi anni:

Con ordinanza n. 37 del 2023 la Corte decide una questione sollevata con ordinanza pervenuta il 12 maggio 2022, emessa due anni e mezzo prima, il 9 settembre 2019; l'ordinanza

⁵²¹ La questione sottoposta all'esame della Corte concerneva la disciplina del perfezionamento della notificazione della cartella di pagamento ed era stata sollevata dal giudice del lavoro presso il Tribunale di Padova nel corso di un giudizio di opposizione contro il ruolo sotteso ad una cartella di pagamento relativa a debiti previdenziali promosso da una società cooperativa a responsabilità limitata nei confronti dell'INPS e della s.p.a. Società di cartolarizzazione dei crediti INPS. La Corte, rilevando che il ricorso in opposizione era diretto non solo all'INPS ed alla s.p.a. Società di Cartolarizzazione dei Crediti INPS, ma anche alla s.p.a. Equitalia Polis, quale concessionario del servizio riscossioni per la Provincia di Venezia, alla quale il ricorso risultava ritualmente notificato dall'ufficiale giudiziario, ha ordinato la restituzione degli atti al giudice rimettente, affinché provvedesse alla notificazione dell'ordinanza di rimessione alla s.p.a. Equitalia Polis.

⁵²² Tale osservazione è tratta da G. AMOROSO e G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, op. cit. 201.

⁵²³ Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 148.

n. 87 del 2023 ha ad oggetto una questione sollevata con ordinanza del 4 marzo 2020, pervenuta il 28 giugno 2022; con sentenza n. 266 del 2022 la Corte decide una questione sollevata con ordinanza del 6 giugno 2014, depositata presso la cancelleria del giudice *a quo* il 7 gennaio 2015, pervenuta alla cancelleria della Corte sei anni dopo, il 15 novembre 2021; con riferimento alla questione decisa con sentenza n. 96 del 2022, si registrano quattro anni trascorsi dal deposito presso la cancelleria del giudice rimettente, il 28 novembre 2018, alla trasmissione rituale alla cancelleria della Corte, il 20 agosto 2021. Più volte è la Corte stessa a dare atto del ritardo: con sentenza n. 26 del 2020 la Corte registra che l'ordinanza di rimessione è stata pronunciata il 6 febbraio del 2008 ma, stante l'omessa sua notifica, solo nel maggio 2019, a seguito di istanza di parte, è stata trasmessa da altro Tribunale ordinario, al quale nel frattempo è stato accorpato il Tribunale originariamente adito, undici anni di ritardo. Con ordinanza n. 203 del 2020 la Corte decide una questione sollevata con ordinanza depositata presso la cancelleria del giudice rimettente il 27 novembre 2014, ma pervenuta alla cancelleria della Corte il 28 gennaio 2020, sei anni dopo; con sentenza n. 238 del 2020 si registrano quattro anni trascorsi dall'emissione dell'ordinanza, il 23 maggio 2016 alla trasmissione rituale, il 22 gennaio 2020. L'ordinanza n. 73 del 2019 ha ad oggetto una questione sollevata con ordinanza emessa il 13 giugno 2011 e trasmessa ritualmente sette anni dopo, il 5 aprile 2018. Con ordinanza n. 92 del 2019 la Corte decide una questione rimessa il 16 gennaio 2013, trasmessa ritualmente con cinque anni di ritardo, il 4 ottobre 2018. La ordinanza n. 182 del 2019 registra un ritardo di cinque anni: la questione sollevata il 4 dicembre 2014 è stata depositata presso la Corte il 24 gennaio 2019. Con l'ordinanza n. 34 del 2017 la Corte decide una questione sollevata quattro anni prima, l'8 aprile 2013, ma trasmessa ritualmente nel 2016. Le ordinanze n. 226 e n. 55 del 2016 registrano rispettivamente un ritardo di nove e di sei anni; con riguardo alle questioni decise con ordinanza n. 81 del 2016 e con sentenza n. 97 del 2016 sono trascorsi rispettivamente sei e sette anni dal deposito dell'ordinanza presso la cancelleria del giudice *a quo* alla trasmissione rituale alla Corte. Le questioni decise con ordinanze n. 12 del 2015 e n. 21 del 2015 sono relative ad ordinanze di rimessione emesse nel 2004 ma trasmesse ritualmente soltanto nel 2014, dieci anni di ritardo. Negli anni più lontani ci sono stati casi di ritardo della trasmissione rituale dell'ordinanza ancora più vistosi: venti anni per le questioni decise con le ordinanze n. 402 del 2005 e n. 202 del 2001, dodici anni per la ordinanza n. 196 del 1997, undici anni per la questione oggetto dell'ordinanza n. 59 del 2008.⁵²⁴

Nella maggior parte dei casi tali ritardi possono essere collegati alle mancanze negli adempimenti prescritti successivi all'emanazione dell'ordinanza di rimessione, riscontrate a seguito del controllo operato in Corte.

3. La verifica della regolarità dell'ordinanza di rimessione.

La normativa di riferimento è contenuta nelle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, la legge n. 87 del 1953 non contiene prescrizioni specifiche al riguardo, prevedendo l'art. 25 unicamente che il Presidente, appena è pervenuta alla Corte l'ordinanza, ne dispone

⁵²⁴ Per un commento sui tempi della trasmissione rituale delle ordinanze di rimessione cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, a cura di Id.: edizione 1996-1998, Torino 1999, 106-109; edizione 1999-2001, Torino 2002, 78; edizione 2002-2004, Torino 2005, 88; edizione 2005-2007, Torino 2008, 91-92; edizione 2008-2011, Torino 2011, 89; edizione 2011-2013, Torino 2014, 25-26; edizione 2014-2016, 107-108.

la pubblicazione, ciò al fine di rendere noto a tutti che su una determinata norma di legge sussiste un dubbio di conformità di essa alla Costituzione.^{525 526}

L'art. 2 delle Norme integrative, rubricato *Pubblicazione e registrazione dell'ordinanza*, prevede specificamente al comma 1, che il Presidente, accertata, sulla base delle verifiche effettuate dal cancelliere ai sensi del regolamento di cancelleria, la regolarità dell'ordinanza, delle notificazioni e delle comunicazioni previste dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953, dispone che l'ordinanza stessa sia pubblicata nella Gazzetta ufficiale e, quando occorra, nel Bollettino ufficiale delle Regioni.⁵²⁷ L'attività di verifica svolta dal cancelliere era già prevista espressamente nel testo dell'art. 2 delle Norme integrative nel testo del 2008 ma non in quello originario del 1956, secondo cui il Presidente, accertata la regolarità dell'ordinanza e delle notificazioni, disponeva la pubblicazione dell'ordinanza. Traendo spunto da tale formulazione, parte della dottrina⁵²⁸ ha ritenuto che l'accertamento svolto dal Presidente potesse essere configurato come esercizio di un'attività giurisdizionale del solo Presidente. La dottrina prevalente⁵²⁹ ha sempre configurato l'attività in questione quale espressione del potere organizzatorio spettante al Presidente.

Il comma 2 dell'art. 2 delle Norme integrative prevede che le ordinanze di cui all'art. 23 della legge n. 87 del 1953, pervenute alla Corte, sono iscritte dal cancelliere nel registro generale informatico con l'indicazione delle date delle notificazioni e della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale e nel Bollettino ufficiale delle Regioni interessate.

Anteriormente all'introduzione del processo costituzionale telematico, l'ordinanza di rimessione trasmessa dalla cancelleria del giudice *a quo* veniva protocollata e registrata dal cancelliere della Corte in un registro preliminare, informatizzato dal 2005. Nel registro preliminare venivano annotati: l'autorità giurisdizionale, la data di emissione e quella del deposito dell'ordinanza presso la cancelleria del giudice *a quo*, le norme censurate e i parametri evocati. A tale attività seguiva il controllo della regolarità delle notificazioni a tutte le parti in causa nonché delle comunicazioni prescritte. In caso di esito positivo della verifica, l'ordinanza veniva iscritta nel registro generale ordinanze e all'atto veniva attribuito un numero in ordine cronologico. Nel caso di riscontro di una incompletezza negli adempimenti prescritti, il cancelliere della Corte restituiva il fascicolo alla cancelleria del giudice rimettente, con una nota nella quale si invitava alla regolarizzazione, specificando il difetto riscontrato.

La restituzione degli atti al giudice rimettente non è disciplinata specificamente ma trova la sua fonte nell'art. 2 delle Norme integrative: con l'ordinanza n. 47 del 2012, la Corte, nell'ordinare la restituzione degli atti al rimettente affinché provvedesse a notificare l'ordinanza originaria al litisconsorte pretermesso, afferma che l'art. 2, comma 1, delle Norme integrative, nello stabilire che il Presidente della Corte accertata, sulla base delle verifiche

⁵²⁵ Con sentenza n. 28 del 1957 la Corte afferma che «non può non osservare che la proposizione di una questione di legittimità costituzionale è un provvedimento di notevole gravità, anche perché la pubblicazione di esso sulla Gazzetta Ufficiale determina una situazione di incertezza del diritto, che si riflette su tutta una serie di rapporti e di controversie».

⁵²⁶ Inoltre, nel termine perentorio di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza nella Gazzetta Ufficiale ha luogo la costituzione delle parti in giudizio (cfr. art. 3 delle Norme integrative).

⁵²⁷ L'art. 2 delle Norme integrative richiama il regolamento di cancelleria della Corte che, all'art. 8, affida al cancelliere il compito di ricevere gli atti introduttivi dei giudizi e di riferire al Presidente sulla regolarità formale degli atti introduttivi e delle relative notificazioni.

⁵²⁸ Cfr. A. PAJNO, *L'ordinanza di rimessione*, Intervento, in *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, a cura di G. FAMGLIETTI, E. MALFATTI, P.P. SABATELLI, Torino, 2002, 370-371.

⁵²⁹ Cfr. V. ONIDA, *L'ordinanza di rimessione*, Intervento, in *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, op. cit. 373-374.

effettuate dal cancelliere, la regolarità dell'ordinanza e delle notificazioni dispone che l'ordinanza stessa sia pubblicata, gli attribuisce il potere-dovere di verificare la regolarità delle notificazioni dell'ordinanza di rimessione e, pertanto, implicitamente consente, in caso di rilevata mancata notificazione ad una delle «parti in causa», di non procedere alla pubblicazione ufficiale dell'ordinanza e di fare restituire il fascicolo d'ufficio al giudice rimettente affinché la sua cancelleria provveda alla notificazione ed alla successiva nuova trasmissione degli atti alla Corte.

Nel caso di restituzione del fascicolo, la nuova trasmissione, effettuato l'adempimento mancante, avveniva mediamente in tre-sei mesi. In alcuni casi la restituzione si è dovuta ripetere più volte. In altri casi è avvenuto che l'ordinanza, insieme agli atti, sia stata trasmessa nuovamente a distanza di anni. Dalla consultazione del registro preliminare tenuto dalla cancelleria della Corte, i cui dati complessivi, relativi agli anni 2009-2021, sono riportati nella tabella che segue, risulta consistente il numero delle ordinanze e dei relativi fascicoli che negli anni di riferimento sono stati restituiti al giudice rimettente a seguito del riscontro del mancato rispetto degli adempimenti prescritti.^{530 531} I motivi prevalenti che hanno determinato le restituzioni concernono difetti di notificazione e mancanze delle prove delle notificazioni effettuate.

⁵³⁰ La cancelleria della Corte, prima dell'avvio del processo costituzionale telematico, riscontrata l'incompletezza degli adempimenti formali prescritti, aveva instaurato, negli anni più recenti, la prassi di prendere contatti diretti con la cancelleria del giudice, anziché procedere alla restituzione del fascicolo, così consentendo una più rapida regolarizzazione dell'ordinanza di rimessione.

⁵³¹ Due casi di ripubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'ordinanza di rimessione a seguito del riscontro, durante l'istruzione della causa, di mancanze relative agli adempimenti formali prescritti: 1) con riferimento al giudizio deciso con sentenza n. 181 del 2021 è stata rilevata la mancanza della notificazione e comunicazione rispettivamente al Presidente della Giunta regionale e al Presidente del Consiglio regionale (era stata sottoposta all'esame della Corte una norma regionale. Rinvia a nuovo ruolo la trattazione del giudizio, la cancelleria del giudice a quo ha potuto provvedere agli adempimenti mancanti. L'ordinanza è stata poi nuovamente pubblicata nella Gazzetta ufficiale; 2) con riferimento al giudizio deciso con sentenza n. 235 del 2021, successivamente alla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale, sono stata rilevate le mancate notificazioni e comunicazioni al Presidente del Consiglio e ai Presidenti delle Camere. Nell'ordinanza di rimessione il giudice rimettente aveva disposto che la sua cancelleria provvedesse alla notificazione e alla comunicazione dell'ordinanza di rimessione al Presidente della Giunta e al Presidente del Consiglio regionale e non anche al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Presidenti delle due Camere (erano state censurate norme statali e norme regionali). Con separata ordinanza, il giudice rimettente ha quindi disposto le notificazioni e le comunicazioni mancanti. L'ordinanza di rimessione è stata pubblicata nuovamente nella Gazzetta Ufficiale.

REGISTRO PRELIMINARE ORDINANZE DI RIMESSIONE

Motivi delle restituzioni	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Totale
Correzione errore materiale ordinanza di remissione												1	2	3
Difetto di comunicazione	10	3	3	2	1	1	4		1	1	2	4		32
Difetto di comunicazione e notificazione e copia dattiloscritta dell'ordinanza			1											1
Difetto di comunicazione e notificazione e mancanza del fascicolo originale	1		1					2						4
Difetto di comunicazione e/o notificazione	20	30	28	3	1	1	4	4	10	14	11	10	2	138
Difetto di notificazione	56	43	26	62	59	66	51	41	44	12	11	18	16	505
Mancanza del fascicolo in originale		1	2	1	2	1	4	4	4	6	1		1	27
Mancanza del fascicolo in originale e mancanza di tutte le prove	7	4	12	2	3	1	8	6					2	45
Mancanza dell'avviso di ricevimento raccomandata	15	9	14	14	5	4	4	3	1	1				70
Mancanza di copia dattiloscritta dell'ordinanza	2	3	1	1	1	1	3	1	1					14
Mancanza di notifica al P.C.M. (sede istituzionale)														
Mancanza di notifica testo integrale ord. parte contumace	1		4	8	3	8	2	7	2	3	2	1	3	44
Mancanza di tutte le prove	22	17	23	26	20	23	14	9	7	12	17	11	11	212
Mancanza di tutte le prove ivi compresa la notifica alle parti contumaci)	1	2					1	2	2	2	1		1	12
Mancanza di tutte le prove + intero fascicolo										1		1		2
Totale complessivo	135	112	115	119	95	106	96	79	72	52	45	46	38	1110

Con l'avvio del processo costituzionale telematico il registro preliminare è stato dismesso. L'ordinanza di rimessione, gli atti processuali, la prova delle notificazioni e comunicazioni devono essere trasmesse telematicamente.⁵³² In caso di esito positivo della verifica, il cancelliere iscrive immediatamente l'ordinanza nel registro informatico generale. Qualora il cancelliere riscontri invece una irregolarità negli adempimenti formali prescritti, segnala la stessa, tramite la piattaforma e-Cost, alla cancelleria del giudice a quo, con invito a provvedere. L'ordinanza e i relativi atti risultano nel frattempo in corso di verifica. In media sono sufficienti una o due settimane perché il cancelliere del giudice a quo provveda ad effettuare gli adempimenti mancanti. Il processo costituzionale telematico e l'utilizzo della posta elettronica certificata (PEC) hanno determinato una apprezzabile riduzione dei tempi di regolarizzazione. Nel 2022 sono state registrate nel registro informatico 160 ordinanze di rimessione, per 44 di esse la cancelleria della Corte ha rilevato che gli adempimenti formali prescritti dall'art. 23 della legge n. 87 non erano stati eseguiti correttamente. Le irregolarità rilevate hanno riguardato nella maggior parte dei casi la mancata allegazione della prova dell'avvenuta notificazione alle parti, la mancata notificazione alla parte contumace nel giudizio a quo, la mancata comunicazione ai Presidenti del Senato e della Camera dei deputati, la notificazione del solo dispositivo dell'ordinanza. Con riguardo all'anno in corso, nel quale sono state registrate, al 22 maggio, 77 ordinanze, per 22 di esse la cancelleria della Corte ha sospeso l'iscrizione nel registro informatico generale, in attesa della regolarizzazione da parte dell'ufficio del giudice a quo. Il cancelliere della Corte ha rilevato la mancata notificazione dell'ordinanza alle parti, in alcuni casi alla parte contumace, in altri casi la mancata trasmissione del fascicolo processuale o la notificazione del solo dispositivo, anziché dell'intero testo dell'ordinanza. Una ipotesi di irregolarità che preclude la registrazione dell'ordinanza di rimessione è correlata alla modalità di trasmissione dell'ordinanza. Ai sensi del testo vigente dell'art. 1 delle Norme integrative l'ordinanza, insieme agli atti e con la prova delle eseguite notificazioni e comunicazioni, deve essere trasmessa telematicamente. Tuttavia, sono pervenute ordinanze trasmesse tramite posta ordinaria oppure mediante posta elettronica certificata (PEC). La cancelleria della Corte, che ha istituito un apposito registro nel quale annota i dati principali dell'ordinanza di rimessione non depositate con modalità telematica, provvede alla restituzione, invitando la cancelleria del giudice a quo a trasmettere con modalità telematica l'ordinanza e gli atti correlati prescritti. Nell'anno in corso, al 22 maggio, sono stati registrati 21 fascicoli processuali cartacei o trasmessi tramite posta elettronica certificata (PEC). Di questi più della metà sono stati poi nuovamente trasmessi con modalità telematica. Mediamente trascorrono uno o due mesi dalla emanazione dell'ordinanza di rimessione alla iscrizione nel registro informatico generale. I casi di ritardo più apprezzabile concernono le restituzioni del fascicolo cartaceo effettuate anteriormente all'avvio del processo costituzionale telematico.

⁵³² Le regole tecniche sono previste nell'allegato A) del decreto del Presidente della Corte del 28 ottobre 2021, pubblicato, insieme alle nuove Norme integrative nella Gazzetta Ufficiale del 3 novembre 2021, n. 262. L'art. 39 delle nuove Norme integrative rinvia, per la disciplina della modalità telematica, al decreto del Presidente della Corte.

Le “Nuove norme sul processo telematico nei giudizi incidentali di costituzionalità”*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La genesi. 3. – Il cambiamento normativo. 4. – Gli articoli più significativi. 5. – Qualche numero. 6. – Struttura di e-Cost

1. Premessa.

La Corte negli ultimi anni ha intrapreso un percorso che è possibile definire di “transizione digitale”, connotato dall'utilizzo delle nuove tecnologie informatiche e caratterizzato da una particolare attenzione all'aspetto dei social media per la gestione dei rapporti con gli utenti esterni.

Analizziamo in particolare gli strumenti digitali in uso presso la Corte.

1. Già da diversi anni esiste un sito web istituzionale che si è evoluto attraverso varie rivisitazioni e implementazioni fino a giungere alla versione attuale che si presenta molto più dinamica, attiva e performante e ha un'offerta di contenuti più varia e ampia rispetto al sito “statico” del primo periodo.

2. La Corte costituzionale ha sviluppato una APP che si è rivelata uno strumento molto utile per avere aggiornamenti immediati e veloci, mediante l'attivazione della funzione di notifica, sui giudizi, sui comunicati, sulle decisioni.

3. Si è ricorsi all'utilizzo dei canali instagram, youtube e twitter per lo scambio di informazioni.

4. È stato introdotto l'uso dei podcast che consistono in file audio, di breve durata, (una media di 20 minuti), accessibili a chiunque e che si prestano a essere utilizzati in ambito educativo e divulgativo.

Sulla scia di questo percorso di informatizzazione si inserisce l'avvio del processo costituzionale telematico o, meglio, di e-Cost (che è l'ultima versione del progetto). Questa versione è maturata a seguito di riflessioni che non si sono svolte dall'oggi al domani, ma sono state elaborate nel corso di un lasso di tempo, nell'ambito della generale discussione sulla necessità di dematerializzare i giudizi che si svolgono dinanzi alla Corte.

Una, ma non l'unica, delle motivazioni di questa approfondita riflessione, è stata la specificità del giudizio costituzionale rispetto agli altri tipi di giudizi. Un giudizio che presenta tutto sommato pochi numeri rispetto ad altri plessi giurisdizionali, ma molte tipologie di giudizio.

La Corte ha svariate competenze (giudica infatti su questioni di legittimità costituzionale, sui giudizi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato e tra enti, sull'ammissibilità dei referendum abrogativi) e ognuno di questi procedimenti ha le sue caratteristiche.

Nel giudizio incidentale, la Corte si rapporta a diversi attori (la giurisdizione ordinaria, amministrativa, tributaria e contabile), ed è l'unica istituzione *lato sensu* “giurisdizionale” in Italia che dispone la pubblicazione, in Gazzetta Ufficiale, non solo delle proprie decisioni ma anche degli atti introduttivi proposti da altri soggetti (ordinanze e ricorsi).

* La presente relazione è aggiornata alla data 18 Giugno 2022

In questo contesto, ciò di cui si sentiva l'esigenza, era la informatizzazione del rapporto tra la cancelleria della Corte e gli utenti esterni dove per "utenti esterni" ci si riferisce agli avvocati e alle autorità giurisdizionali e comunque a tutti i soggetti che dialogano con la Corte.

Questo rapporto, fino al 2 dicembre 2021, si estrinsecava in trasmissioni e depositi di atti cartacei. Con la nascita di e-Cost si è avviato il percorso di digitalizzazione e di dematerializzazione dei giudizi costituzionali.

E-Cost, inoltre, si inserisce in un processo di informatizzazione che è in atto non solo rivolto all'esterno, ma anche nei rapporti interni alla Corte.

Nel corso degli anni ci sono state molte novità informatiche che hanno impattato sulle procedure interne. Se ne ricordano quattro esempi:

- 1) lo sviluppo del fascicolo processuale elettronico, che è una sezione di un applicativo (il Sigico), che consente agli operatori di gestire tutto il processo costituzionale dall'inizio alla fine;
- 2) il deposito e la pubblicazione digitalizzata delle pronunce (da ultimo anche con la firma digitale), attraverso il caricamento, su un portale denominato IOL del Poligrafico dello Stato, dei testi e dei relativi titoletti accompagnatori in formato xml;
- 3) la comunicazione delle decisioni agli organi istituzionali (ex art. 30 legge n. 87 del 1953) a mezzo pec, in formato pdf, firmate digitalmente dal cancelliere;
- 4) il verbale multimediale delle udienze (multimediale in quanto composto da una parte video accompagnata da una descrizione scritta delle cause).

Il titolo della presente relazione "Nuove norme sul processo telematico nei giudizi incidentali di costituzionalità" sembrerebbe concernere solo i giudizi incidentali. Quanto verrà esposto sulle norme del processo telematico non riguarda però solo i giudizi incidentali, ma è applicabile a tutti i giudizi che si svolgono davanti alla Corte costituzionale.

L'intervento è composto di cinque parti.

Nella prima parte si tratterà della genesi del processo costituzionale telematico e in particolar modo di questo tipo di processo telematico che la Corte ha scelto, cioè e-Cost; si farà dunque un rapido excursus storico per far comprendere quali sono state le vicende che hanno portato a e-Cost.

Nella seconda verrà illustrato il cambiamento normativo che ha accompagnato l'entrata in vigore della nuova piattaforma telematica.

Nella terza parte si farà un focus su alcuni articoli più significativi delle Norme, mentre nella quarta parte verrà fornito qualche numero, per chi è interessato ai numeri.

Infine, si farà una breve esposizione su come è strutturato e organizzato il portale.

2. La genesi.

E-Cost viene alla luce il 3 dicembre 2021, data di entrata in vigore delle nuove Norme integrative, deliberate dalla Corte nel luglio del 2021, e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, n. 262 del 3 novembre 2021, insieme al "decreto del 28 ottobre 2021" recante: "Modalità per l'attivazione del processo costituzionale telematico – Regole tecniche".

Ai sensi dell'art. 40, esse si applicano ai giudizi il cui atto introduttivo sia stato depositato nella cancelleria della Corte a partire dal 3 dicembre 2021.

Siamo alla fine dell'anno passato, sotto la presidenza del Presidente Giancarlo Coraggio, ma le riflessioni sul come trasformare il flusso degli atti del processo da un flusso cartaceo/analogico a uno telematico erano già iniziate alcuni anni prima.

A questo proposito si può suddividere l'arco temporale prima del 2021, in tre periodi:

Nell'anno 2013, sotto la presidenza del Presidente Franco Gallo, venne approvato un progetto che era stato denominato Sportello telematico della cancelleria (STC) che può, a ragione, essere definito come il precursore di e-Cost. Già all'epoca si imposero alla riflessione due aspetti (che poi si ritroveranno in e-Cost):

l'autonomia della Corte. Si pensò a un sistema che fosse sganciato dai vari processi telematici di altri organi che si stavano delineando e sviluppando in quel periodo: questa autonomia era il riflesso della autonomia della Corte quale organo a sé;

fu adottato, come modello di ispirazione, e-Curia, un sistema che si situava al di fuori dell'ordinamento giuridico nazionale, ovvero la piattaforma informatica della Corte di Giustizia europea.

A seguito della approvazione di questo progetto fu costituito un gruppo di lavoro interno che effettuò una analisi dei flussi dei giudizi costituzionali per poi "tradurli" in ambito telematico. Il progetto ebbe però alcuni rallentamenti a causa di alterne vicende fino a che non fu posto temporaneamente in *stand by* perché si stava profilando l'ipotesi di attuare un progetto diverso.

Nell'anno 2016 prende forma, infatti, una diversa idea di processo telematico. L'idea era, in qualche modo, all'opposto rispetto alla filosofia che aveva permeato il precedente progetto STC: ovvero si pensò che il processo costituzionale telematico avrebbe dovuto essere inserito nel c.d. "canale Giustizia"; doveva quindi, essere un processo integrato nel processo civile telematico.

Ma anche questa iniziativa, alla fine, fu messa da parte perché basata sul concetto di cooperazione applicativa dei sistemi (quelli della Corte con quelli delle Magistrature) e pertanto, al momento, inattuabile data la peculiarità dei giudizi davanti alla Corte rispetto a quelli che si svolgono davanti agli altri organi giudiziari.

Si arriva così a un paio di anni fa, all'anno della pandemia da Covid-19, cioè il 2020. Questo è stato davvero un anno di svolta, un anno sicuramente drammatico ma che ha però generato, nelle difficoltà, i presupposti per ripartire con nuove consapevolezze.

La Corte ribadì da subito la sua volontà di non sospendere la giustizia costituzionale e garantire la continuità della sua attività ricorrendo agli strumenti informatici. Fu ristrutturato rapidamente il lavoro della Corte impostando una riorganizzazione in emergenza basata su tre pilastri:

lo *smart working* di natura emergenziale per il personale;

l'organizzazione dello svolgimento delle udienze da remoto tramite l'applicativo *Teams microsoft*;

l'attivazione di un indirizzo di pec emergenziale (pec.emergenza 2020) dedicato alla ricezione e allo scambio degli atti processuali.

A tal proposito si ricorda una frase del Presidente Coraggio, estrapolata da una intervista rilasciata a Il Sole 24 Ore nel novembre 2021, nella quale, ricordando quel periodo, disse che "la Corte era sopravvissuta grazie alla tecnologia".

L'attivazione dell'indirizzo di pec emergenziale, in particolare, permise alla cancelleria di gestire i processi di cancelleria e servì a garantire, nella immediatezza, l'afflusso degli atti alla Corte, ma era ovviamente una soluzione "tampone" che non aveva nulla di strutturato (la semplice trasmissione di atti a mezzo pec non poteva ritenersi uno strumento definitivo in quanto non supportata da un sistema di gestione e archiviazione degli atti ricevuti; sono noti, inoltre, i limiti di capienza della pec).

La Corte ha dato vita, in pratica, durante tutto l'anno 2020 e 2021 (fino al dicembre 2021) "a un processo telematico emergenziale, ma non a un processo telematico strutturato".

Sotto la Presidenza della prof.ssa Marta Cartabia, iniziò a farsi strada l'idea di recuperare il lavoro già fatto e le riflessioni sviluppate sulla necessità di dotarsi di un processo telematico, per l'appunto strutturato, andando a ripescare l'impostazione e il lavoro fatto a proposito del precedente progetto del

2013 (STC) connotato da quelle due caratteristiche di cui si è scritto prima, e cioè l'autonomia (l'essere una piattaforma autonoma rispetto a tutti gli altri processi telematici) e la presa a modello di e-Curia.

Fu costituito dalla Amministrazione, anche in quella occasione, un gruppo di lavoro che ripartì dai risultati a cui si era giunti con il vecchio progetto del 2013, considerando anche le osservazioni e le riflessioni maturate con l'esperienza del progetto del 2016, e si procedette nuovamente alla analisi dei flussi e delle procedure. Il tutto sfociò infine nella creazione di e-Cost.

Praticamente, dalla pandemia la Corte trasse la forza per concludere un percorso che aveva iniziato anni prima e a cui, forse, serviva un forte impulso che desse nuova "benzina" ai motori della digitalizzazione del processo costituzionale.

3. Il cambiamento normativo.

Le trasformazioni normative hanno accompagnato la conversione del processo, da un processo cartaceo a uno digitale, ossia da un processo in cui vengono depositati a mano atti processuali cartacei a uno in cui vengono trasmessi *file*.

Era normale che a fronte di un cambiamento proprio del *DNA* del processo costituzionale sorgesse il bisogno di accompagnarlo con un aggiornamento delle Norme integrative.

Ma come è stato pensato questo aggiornamento delle Norme integrative? Non c'era, in quella sede, l'esigenza di innovare istituti, crearne di nuovi o di ristrutturare il processo (come era avvenuto con le modifiche delle Norme integrative del gennaio 2020, le quali introdussero elementi di sostanziale innovazione, come l'accesso degli intervenienti agli atti processuali di cui all'art. 4-*bis*, l'introduzione delle *opiniones* degli *amici curiae* di cui all'art. 4-*ter*, e l'art. 14-*bis* che prevede gli esperti di chiara fama), ma occorreva dare una veste diversa alle norme per adeguarle al nuovo contesto digitale.

In linea di massima è stata attivata un'opera di *restyling* che si è estrinsecata nell'inserire l'inciso "con modalità telematica" in ogni articolo in cui si parlava, precedentemente, di trasmissione o di deposito (si citano due esempi: l'art. 1 delle vecchie N.I. che recita: "trasmissione dell'ordinanza che solleva la questione", è diventato "trasmissione con modalità telematica"; l'art. 3 sulla costituzione delle parti dove nelle vecchie N.I. c'era scritto che la costituzione avviene "mediante deposito in cancelleria", mentre ora c'è scritto "mediante deposito con modalità telematica").

Le nuove N.I., inoltre, si sono preoccupate di dettare una sistemazione organica alla numerazione degli articoli per dare più ordine e coerenza al testo normativo (es.: gli artt. 4-*bis* e 4-*ter* della vecchia formulazione (cioè quella del gennaio 2020) sono diventati gli artt. 5 e 6; o, ancora, un riposizionamento o riassetto dell'articolato: es.: la norma sulle memorie illustrative che si possono depositare in prossimità della udienza, è confluito nel nuovo art. 7, mentre prima era contenuta nell'art. 10).

4. Gli articoli più significativi.

Non sembra utile, in questa sede, ripercorrere tutte le norme, proprio per le ragioni già illustrate, e perché le stesse sono conosciute dagli addetti ai lavori. Sembra più proficuo evidenziare alcune particolarità.

Nel nuovo art. 6, quello sugli *amici curiae*:

Dalla lettura del comma 2 si evince che le *opiniones* sono state volutamente estromesse dalle nuove modalità di trasmissione tramite la piattaforma e-Cost. O meglio: la norma che le introdusse nel 2020 stabilì che le opinioni dovevano essere inviate tramite posta elettronica alla Corte. Ebbene, con le nuove norme integrative, sul punto non si è innovato, per cui attualmente la trasmissione delle opinioni avviene sì telematicamente, ma non tramite il portale e-Cost.

Il motivo è legato a una ragione tecnica su come è stata impostata la piattaforma relativamente alla profilazione degli utenti in e-Cost. In sostanza, sul portale possono operare solo avvocati cassazionisti e soggetti che rappresentano le Autorità giurisdizionali, mentre invece le *opiniones* possono essere depositate da soggetti come, a esempio, i legali rappresentanti delle varie formazioni sociali o da soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi. Inoltre, prevedendo la trasmissione delle opinioni fuori da e-Cost, si è data ancora più conferma al fatto che i soggetti che esprimono opinioni, non sono parti processuali dei giudizi davanti alla Corte.

Al comma 4, recependo quella che si era inverteva già come prassi applicativa nelle prime gestioni delle *opiniones*, la Corte ha previsto, e ha normato, che non soltanto il decreto che ammette le opinioni è messo a disposizione a cura della cancelleria alle parti costituite, ma anche l'opinione stessa (la norma all'art. 6 recita: “il decreto unitamente alle opinioni dichiarate ammesse”).

Nel previgente art. 4-ter era prevista una comunicazione solo del decreto di ammissione delle opinioni. Ma, a pensarci bene, non aveva senso che le parti costituite ricevessero solo un decreto senza poter avere contezza di quali fossero le opinioni che quel decreto stesso aveva ammesso.

Il secondo tema che si può segnalare è che, per la prima volta, è presente una norma *ad hoc* sulla privacy.

Trattasi dell'art. 34⁵³³ delle nuove N.I. rubricato “Protezione dei dati personali”.

Al momento, questa norma non ha ricevuto applicazione (e si continuano a proteggere i dati sensibili sulla base della prassi con un occhio ai principi generali e al codice della privacy). Ma si può anticipare che il decreto presidenziale, citato nelle norme, dovrebbe vedere la luce in tempi brevi. Lo stesso demanderà a delle linee guida le istruzioni operative per il trattamento dei dati sensibili.

Si segnala poi, ed è davvero importante, una c.d. clausola di salvaguardia (o salvezza) che è l'art. 38⁵³⁴ di nuovo conio.

La *ratio* di questo articolo è il principio di continuità: può sempre accadere un malfunzionamento del sistema, oppure, più semplicemente, si possono presentare difficoltà operative da parte della utenza nel trasmettere tramite e-Cost.

A oggi c'è stato solo un decreto presidenziale che ha autorizzato l'acquisizione di atti con modalità alternativa. Si trattava di un caso in cui il soggetto istante doveva trasmettere 5 faldoni contenenti migliaia e migliaia di pagine e aveva delle difficoltà a caricarle sul portale. Questo attore processuale fece una istanza molto articolata e motivata. Per cui, in accordo con la Presidenza, il predetto fu autorizzato a caricare sul portale gli atti fondamentali per l'instaurazione del giudizio e il resto fu autorizzato a trasmetterlo in cancelleria in modello cartaceo.

Si evidenzia anche un'altra novità: è presente per la prima volta (non c'era nel testo del 1956 né nelle versioni del 2004, 2008 e 2020) una norma che ha a oggetto i giudizi sulla ammissibilità dei *referendum*. Ed è l'art. 30⁵³⁵.

533 Art. 34

Protezione dei dati personali

1. Al fine di assicurare il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, il Presidente stabilisce, con proprio decreto, previa deliberazione della Corte, i criteri e le modalità di pubblicazione e diffusione degli atti di promovimento e delle decisioni della Corte.

534 Art. 38

Acquisizione di atti, notificazioni e comunicazioni con modalità alternative

Il Presidente può autorizzare l'acquisizione di atti trasmessi con modalità alternative a quelle disciplinate dal decreto di cui all'art. 39 e può, allo stesso modo, disporre per le notificazioni e le comunicazioni di cui all'art. 8.

535 Art. 30

Giudizi di cui all'art. 2 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1

Nello specifico è una norma di rinvio: in pratica si dice che anche per quanto concerne i giudizi sulla ammissibilità dei *referendum* si osservano le norme sulle nuove modalità telematiche. La Corte “legislatore” ha in sostanza previsto che il nuovo processo telematico si applica anche ai giudizi referendari. Il caso ha voluto che le N.I. sono venute alla luce proprio a dicembre 2021 mese i cui la cancelleria della Corte ha dovuto gestire gli ultimi referendum (quelli sulla giustizia promossi da più delegati regionali e i due sul suicidio assistito e sulla *cannabis*). A questo proposito una notazione particolare.

È successo che le ordinanze dell’Ufficio per il referendum presso la Corte di cassazione, che sono gli atti introduttivi dei giudizi sulla ammissibilità dei referendum, per quanto riguardava i sei referendum sulla giustizia, sono state trasmesse a fine novembre e dunque prima dell’entrata in vigore di e-Cost, mentre gli altri due giudizi sono stati introdotti con ordinanze di poco successive alla data di entrata in vigore di e-Cost. In pratica la cancelleria della Corte ha dovuto gestire sei giudizi con le modalità tradizionali cartacee e due giudizi con e-Cost. Il vero banco di prova di e-Cost, paradossalmente, è stato effettuato non sui giudizi incidentali ma su giudizi che pervengono in Corte saltuariamente e che hanno delle atipicità.

Altra norma da segnalare, anche se ha un peso minore, ma serve per illustrare come il percorso che sta attuando la Corte è tutto teso alla dematerializzazione anche interna è il nuovo art. 13⁵³⁶.

La differenza rispetto al vecchio articolo 11 che disciplinava la trasmissione degli atti ai giudici è chiara: prima c’era una attività di trasmissione degli atti cartacei, ora la norma recita “rende disponibili” (anche se la rubrica dell’articolo è rimasta invariata): è la fine del fascicolo cartaceo. I giudici in sostanza hanno a disposizione (il cancelliere rende disponibili) gli atti sull’applicativo interno e non c’è più bisogno di una trasmissione, nel senso stretto della espressione, del cartaceo.

Da ultimo, si segnala come novità (lo si è accennato anche prima) che, per la prima volta, è stato previsto un decreto attuativo allegato alle Norme integrative, che viene richiamato dall’art. 39⁵³⁷.

Tale decreto disciplina gli aspetti di dettaglio tecnico: esso prevede cinque articoli, fra i quali si evidenzia l’art. 2⁵³⁸. Questo articolo costituisce la *ratio* dell’esistenza del decreto stesso: cioè, a dire che, se in futuro si volesse adeguare la piattaforma e-Cost alle evoluzioni tecnologiche che verranno, sarà sufficiente un decreto presidenziale (quindi uno strumento agile e snello) che andrà a modificare le norme tecniche. Tale opzione ha consentito quindi di fissare nelle N.I. il principio che il nuovo processo è telematico, mentre è stata rimessa a un provvedimento monocratico e secondario la disciplina di dettaglio

1. Nei giudizi di cui all’art. 2 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, si osservano, per come applicabili, le disposizioni di cui alle presenti *Norme integrative*.

536 Art. 13

Trasmissione degli atti ai giudici

1. Almeno dieci giorni prima dell’udienza pubblica o della camera di consiglio, il cancelliere rende disponibili ai giudici l’atto introduttivo del giudizio davanti alla Corte e tutti i successivi atti del giudizio, secondo le modalità previste nel decreto di cui all’art. 39.

537 Art. 39

Regole tecniche del processo costituzionale telematico.

1. La modalità telematica di cui alle presenti Norme integrative è disciplinata con decreto del Presidente, previa deliberazione della Corte. Il decreto è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

538 Art. 2

Regole tecniche

1. Le regole tecniche per l’attuazione del processo costituzionale telematico sono contenute nell’Allegato A) al presente decreto, di cui fa parte integrante.

2. Le modifiche all’Allegato A) rese necessarie dall’evoluzione tecnologica sono disposte previa delibera della Corte in sede non giurisdizionale con provvedimento del Presidente e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* e sul sito istituzionale della Corte.

di carattere tecnico suscettibile di interventi correttivi alla luce della continua evoluzione dei sistemi informatici.

5. Qualche numero.

Si fornisce, a questo punto, qualche numero: il primo giudizio incidentale trattato in e-Cost è il n. 223 del 2021 che è stato trasmesso su e-Cost il 6 dicembre 2021 dalla Corte di assise di Bologna; il primo ricorso in via principale è il n. 68 del 2021 (P.C.m. contro la Regione Emilia-Romagna); il primo conflitto tra enti è il n. 1 del 2022 (Regione Siciliana contro P.C.m. e Corte dei conti); il primo conflitto tra poteri è il n.1 del 2022. Poi ci sono i giudizi referendari nn. 179 e 180 (come detto prima) che sono stati gestiti con e-Cost in quanto arrivati il 16 dicembre 2021 e il 12 gennaio 2022.

Sempre in tema di numeri si segnala il n. r.o 50 del 2022 in cui la Corte si è profilata e ha inviato una ordinanza di autorimessione in e-Cost. È una cosa particolare: anche la Corte è utente di e-Cost quando rimette a sé una questione di legittimità costituzionale.

6. Struttura di e-Cost.

Si illustrerà nel prosieguo come è strutturata la piattaforma ma non si approfondiranno aspetti più squisitamente tecnico-informatici che esulano dal tema della presente relazione.

Questo è un e-Cost punto 1, ovvero è la prima versione di e-Cost, nel senso che si sta provvedendo a un rodaggio sul campo. È sostanzialmente un punto di partenza e non un punto di arrivo.

La scelta della Corte è stata, infatti, quella di non procedere a una fase sperimentale di doppio binario in parallelo (cartaceo/digitale), ma di operare uno switch off. Ovvero la scelta è stata quella di far partire le nuove modalità di trasmissione a decorrere da una certa data in poi, e dunque a partire dai giudizi instaurati dal 3 dicembre 2021 in avanti. Per tutti gli altri, che possiamo definire ante e-Cost, la scelta è stata quella di continuare con la vecchia gestione.

L'opzione di non effettuare una vera e propria sperimentazione tramite una fase di parallelismo fra le due procedure ha portato, e porta, a un continuo monitoraggio delle funzionalità e della performance dell'applicativo e a una costante interlocuzione fra la cancelleria della Corte, gli utenti esterni e i tecnici, interlocuzione che conduce a sviluppi e miglioramenti del portale, anche sulla base delle esigenze che vengono rappresentate dagli utenti e dai cancellieri della Corte. In pratica si sta già procedendo verso una versione di e-Cost punto 2.

E-Cost è una piattaforma informatica che viene utilizzata per il deposito e lo scambio degli atti riguardanti i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Essa consente l'accesso riservato ai rappresentanti delle autorità giurisdizionali, agli avvocati dello Stato, agli avvocati del libero foro e a tutti gli altri soggetti che hanno titolo per partecipare a giudizi della Corte (es.: i soggetti terzi, nel giudizio di ammissibilità referendum, cioè quelli che non sono né i promotori, né i delegati regionali, e che, purtuttavia, sono stati ammessi dalla Corte, nella sua giurisprudenza, a presentare memorie scritte e a discuterle oralmente nella camera di consiglio).

Per poter accedere alla piattaforma è necessario registrarsi. Le richieste di registrazione sono verificate dalla Cancelleria che, alla fine del processo di profilazione, accredita l'utente all'utilizzo di e-Cost.

Il soggetto accreditato può accedere a e-Cost utilizzando le credenziali definite nella fase di registrazione, codice fiscale (nome utente) e password. In alternativa può utilizzare lo SPID.

E-Cost è integrato con un sistema di assistenza che permette agli utenti, accreditati e non, di inviare richieste di supporto (ticket) sia per problematiche di natura tecnica sia per quelle riguardanti aspetti procedurali dei vari tipi di giudizio costituzionale.

La Cancelleria registra tutti gli atti che riceve tramite e-Cost dai vari soggetti processuali. Il processo di validazione si conclude con l'apposizione del timbro della Cancelleria «Depositato» che, naturalmente, non è un timbro a secco su un foglio di carta ma consiste in una aggiunta, in fondo al documento ricevuto, della c.d. «Pagina timbro» (è una pagina che contiene all'interno la data del deposito e la firma del cancelliere ricevente l'atto).

E-Cost conserva senza limiti di tempo sia gli atti ricevuti dai vari soggetti processuali sia gli atti trasmessi dalla Cancelleria agli stessi soggetti.

Ogni utente può, tramite e-Cost, trasmettere atti alla Cancelleria, ricevere atti dalla Cancelleria e, anche, ricevere atti da altri soggetti processuali, se previsto, tramite la procedura automatica di «scambio degli atti».

Ogni utente ha accesso ai propri fascicoli, e ai relativi atti, trasmessi o ricevuti in e-Cost.

I punti di forza che sono emersi in questi primi mesi di rodaggio sono i seguenti:

- 1) primo passo per l'avvio di giudizi costituzionali completamente dematerializzati (paper less), meno costosi, più rapidi e più rispettosi dell'ambiente;
- 2) flusso documentale ottimizzato, soprattutto con riguardo alla procedura di scambio degli atti. La procedura emergenziale (pec.emergenza) era estremamente farraginosa e piena di insidie;
- 3) possibilità per i vari soggetti processuali di avere sempre sotto controllo lo stato dei propri fascicoli e di conservarli senza limiti di tempo;
- 4) estensione dell'orario di deposito fino alle ore 24 del giorno di scadenza;
- 5) l'upload (il caricamento sul portale) consente l'invio di file di grosse dimensioni che, con la trasmissione a mezzo pec, non sarebbe stato possibile.

PARTE VI

LA CORTE COSTITUZIONALE

QUALE GIUDICE NEL CONFLITTO TRA POTERI

Francesca Biondi

I conflitti tra potere giurisdizionale e altri poteri dello Stato: casi e procedure*

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema – 2. Profilo soggettivo, profilo oggettivo e legittimazione processuale – 3. (Segue) Che cosa si “impugna” o non si “impugna” nel conflitto – 4. Gli aspetti processuali – 5. L’autorità giudiziaria nei conflitti tra Stato e Regioni – 6. Conclusioni.

1. Delimitazione del tema.

La Costituzione assegna alla Corte costituzionale la risoluzione dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e, tra questi ultimi, va certamente incluso il potere giudiziario. Le questioni, soprattutto di natura processuale, che si pongono quando il potere giudiziario è parte attiva o passiva dei conflitti sono molteplici e saranno di seguito sinteticamente illustrate.

È preliminarmente necessaria, però, una precisazione. Nelle pagine che seguono ci si occuperà dei conflitti in cui è parte l’autorità giudiziaria, non anche quelli che vedono come ricorrente o resistente il Consiglio superiore della magistratura. Esso può ricorrere all’istituto del conflitto, ma solo per difendere le attribuzioni di natura amministrativa che la Costituzione (soprattutto con l’art. 105 Cost.) gli assegna⁵³⁹, non anche per difendere l’esercizio indipendente della funzione giudiziaria. Tale compito spetta solo ai magistrati.

* La presente relazione è aggiornata alla data 04 Novembre 2024

⁵³⁹ Tra i casi in cui il Csm è stato parte di conflitti vanno ricordati quelli promossi nei confronti del Ministro della Giustizia in tema di concerto sulle nomine degli incarichi direttivi (sentenze n. 379 del 1992 e n. 380 del 2003); nei confronti delle Camere (ma non solo) in relazione alla disposizione che prevedeva la riammissione in servizio del magistrato prosciolto in sede penale e che aveva volontariamente lasciato l’ordine giudiziario individuando quali funzioni avrebbe dovuto svolgere (disposizione nota come “legge Carnevale”) (sentenza n. 284 del 2005); nei confronti della Sezione giurisdizionale del Lazio della Corte dei Conti, che voleva assoggettarlo all’obbligo di presentare i conti della gestione interna (conflitto dichiarato estinto con ordinanza n. 31 del 2018 dopo la rinuncia al ricorso da parte del Csm).

Anche la Sezione disciplinare è potere dello Stato ai fini del conflitto, perché, pur organo interno al Csm, decide “in via definitiva” i procedimenti disciplinari. Si ricordi la sentenza n. 270 del 2002, in cui la Corte decise, a favore della Sezione, il ricorso promosso da quest’ultima contro la Camera di appartenenza di un parlamentare-magistrato in merito all’applicabilità dell’art. 68 Cost., e la più recente sentenza 157 del 2023, con cui è stato accolto il conflitto promosso dalla Sezione disciplinare contro la Camera di appartenenza di un parlamentare-magistrato, per aver negato l’utilizzo nel procedimento disciplinare di alcune intercettazioni telefoniche dopo averle qualificate come “indirette” anziché come “casuali”.

2. Profilo soggettivo, profilo oggettivo e legittimazione processuale.

La disposizione che meglio definisce il conflitto tra poteri dello Stato è l'art. 37, comma 1, della l. n. 87/1953, il quale precisa che «Il conflitto tra poteri dello Stato è risolto dalla Corte costituzionale se insorge tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali».

Con questa disposizione, il legislatore individua chi può agire per conflitto (legittimazione processuale a ricorrere) e per difendere quali attribuzioni (profilo oggettivo del conflitto).

Quanto al primo aspetto (*legittimazione processuale ad agire e a resistere al conflitto*), di norma il conflitto è proposto dall'organo "di vertice" di un potere; nella magistratura, però, non esiste un unico vertice funzionale.

Per capire qual è l'organo legittimato a ricorrere, è necessario però distinguere tra giudici e pubblici ministeri.

In relazione alla *magistratura giudicante*, va ricordato che ciascun giudice, nel nostro ordinamento, può pronunciare una sentenza, che – se non impugnata – è idonea a diventare definitiva e a mettere, perciò, la parola definitiva dell'ordine giudiziario e dell'intero ordinamento sulla controversia. Inoltre, in base all'art. 107, comma 3, Cost., i giudici, all'interno dell'ordine giudiziario, non si distinguono se non per le funzioni esercitate: ciò esclude l'esistenza di un'organizzazione di tipo gerarchico.

Tali due convergenti elementi comportano che il potere giudiziario sia da concepire come un "potere diffuso", che ogni giudice sia in grado di esprimere definitivamente la volontà del potere cui appartiene, e, quindi, che ogni giudice possa essere parte (attiva o passiva) di un conflitto fra poteri (Corte cost., ordinanze n. 228 e n. 229 del 1975).

Quanto alla *magistratura requirente*, sappiamo che non esiste una struttura gerarchica tra i diversi uffici del pubblico ministero, e non esiste un unico organo di vertice abilitato a dichiarare definitivamente la volontà del potere d'accusa, cui spetti in via esclusiva la legittimazione processuale; tuttavia, l'azione dei singoli pubblici ministeri è coordinata dal Procuratore della Repubblica che rappresenta l'ufficio che dirige. Ne consegue – come ha evidenziato la Corte costituzionale in più occasioni, anche prima della riforma operata con il d.lgs. n. 106/2006 – che, a fronte del riparto dell'esercizio dell'azione penale fra i diversi uffici giudiziari territorialmente e funzionalmente competenti, ma, al tempo stesso, della organizzazione gerarchica interna ai singoli uffici, quello requirente si presenta come un potere "parzialmente diffuso": legittimato ad agire e a resistere nei giudizi per conflitto di attribuzione è il capo dell'ufficio interessato, in quanto competente a dichiarare definitivamente, nell'assolvimento della ricordata funzione, la volontà del potere cui appartiene (da ultimo, sentenze n. 229 del 2018 e n. 1 del 2013 e, soprattutto, sentenza n. 462 del 1993).

Per definire, invece, il *profilo oggettivo del conflitto* è preliminarmente necessario ricordare a quali obiettivi risponde il conflitto tra poteri, ossia a dare rigidità costituzionale alla forma di governo e alla forma di Stato. Tale istituto consente, cioè, ai poteri dello Stato di difendere le attribuzioni che la Costituzione assegna loro. Anche se per comodità distinguiamo il profilo soggettivo del conflitto da quello oggettivo, in realtà, essi sono strettamente legati. Infatti, è il profilo oggettivo che definisce quello soggettivo: un organo è potere in quanto, e solo quando, è abilitato a difendere con il conflitto una attribuzione che la Costituzione gli assegna.

Con riferimento al potere giudiziario, possiamo così sintetizzare:

a) Il *giudice* è potere dello Stato quando si trova nell'esercizio "attuale" di funzioni giurisdizionali, ossia è in concreto investito di un processo (da ultimo, chiaramente su questo aspetto, sentenza n. 157 del 2022) e ritiene che un altro potere stia illegittimamente "usurpando" la funzione giudiziaria o, come più spesso accade, stia illegittimamente "interferendo" con essa.

Un esempio di conflitto di attribuzione "da usurpazione" è quello sollevato dalla Corte di cassazione nei confronti delle Camere, assumendo che la disposizione contenuta nei regolamenti di parlamentari che attribuisce la c.d. autodichia alle Camere precludesse all'autorità giudiziaria ordinaria, in lesione delle sue attribuzioni costituzionali, la possibilità di conoscere e decidere il ricorso presentato dai dipendenti delle Camere (sentenza n. 262 del 2017).

Molteplici gli esempi di conflitti tra poteri "da interferenza". Tali sono i conflitti sollevati dai giudici contro le Camere quando ritengono che la delibera con cui è affermata l'insindacabilità delle affermazioni di un parlamentare sia stata adottata in assenza dei presupposti previsti dall'art. 68 Cost. e, per ciò, impedisca illegittimamente al giudice di proseguire il suo processo (tra le tante, Corte costituzionale, sentenza n. 59 del 2018; da ultimo, Corte costituzionale, sentenza n. 241 del 2022, con cui la Corte ha riconosciuto che la deliberazione d'insindacabilità della Camera dei deputati aveva menomato le attribuzioni del Tribunale di Torino, difettando nel caso di specie il nesso funzionale tra le affermazioni *extra moenia* oggetto del procedimento penale e l'attività compiuta in sede parlamentare dall'onorevole coinvolto). Altro caso interessante è il conflitto promosso dal magistrato di sorveglianza che, chiamato a decidere un (ulteriore) reclamo di un detenuto, fece ricorso contro il Ministro della Giustizia, il quale, su proposta del Capo del DAP, aveva disposto la "non esecuzione" del provvedimento adottato dal magistrato in esito al primo reclamo (sentenza n. 135 del 2013).

Ovviamente, l'autorità giudiziaria può essere anche destinataria del ricorso, ossia soggetto passivo del conflitto.

Rispetto a questa ipotesi, la Corte costituzionale – per evitare che il ricorso sia utilizzato come "quarto grado di giudizio" – ha più volte precisato che il conflitto è ammissibile solo quando il ricorrente contesta la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giudiziaria o quando è messa in discussione l'esistenza stessa del potere giudiziario (v. sentenze n. 1 del 2013, ordinanze n. 285 del 2011, n. 334 e n. 284 del 2008).

Di particolare interesse è il *rapporto tra ricorso alla Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione e conflitto tra poteri*.

La Corte ha affermato che non preclude il ricorso contro l'autorità giudiziaria la circostanza che la decisione impugnata abbia risolto una questione di giurisdizione (sentenza n. 52 del 2016, su cui anche *infra*) o il ricorso per conflitto ponga una questione attinente alla giurisdizione (sentenza n. 2 del 2018, su cui anche *infra*).

Nel primo dei due casi sopra citati (sentenza n. 52 del 2016), il Presidente del Consiglio dei ministri aveva promosso ricorso contro la Corte di cassazione, sezioni unite civili, in relazione alla sentenza 28 giugno 2013, n. 16305, con la quale era stato respinto il ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione proposto dallo stesso Presidente del Consiglio avverso la sentenza del Consiglio di Stato in cui era stato affermato che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisce esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale. Il ricorrente chiedeva che la Corte, decidendo il conflitto, stabilisse che non spetta alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità da parte dei giudici comuni del diniego, opposto dal Consiglio dei ministri, alla richiesta del soggetto interveniente di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost. Nella decisione della Corte si legge: «*Né rileva che oggetto del ricorso per conflitto sia una sentenza resa in un giudizio volto a dirimere una questione*

di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost., come eccepito dalla parte interveniente, ad avviso della quale le questioni di giurisdizione non potrebbero mai essere oggetto di un conflitto costituzionale. È ben vero che, nel disciplinare l'istituto del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, l'art. 37, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 precisa che [r]estano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione; ma la disposizione da ultimo citata è appunto preordinata soltanto ad assicurare la persistenza, nell'ordinamento, della competenza della Corte di cassazione a dirimere i conflitti di giurisdizione, non, invece, ad escludere che la Corte costituzionale possa essere chiamata a decidere un conflitto tra poteri, quando il vizio denunciato sia comunque destinato a ripercuotersi sulla corretta delimitazione di attribuzioni costituzionali. Del resto, regolamento di giurisdizione e ricorso per conflitto tra poteri sono due rimedi distinti, operanti su piani diversi. Da un lato, non si può escludere che essi siano attivati entrambi, di fronte ad una pronuncia giudiziaria alla quale siano contemporaneamente imputabili l'erronea applicazione delle norme sulla giurisdizione e l'invasività in sfere d'attribuzione costituzionale (sentenze n. 259 del 2009 e n. 150 del 1981); dall'altro, ben può accadere che oggetto del ricorso, come in questo caso, sia proprio una pronuncia della Corte di cassazione, resa in sede di regolamento di giurisdizione ex art. 111, ultimo comma, Cost.».

Nell'altra decisione, resa nel conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni (sentenza n. 2 del 2018), la Corte ulteriormente precisa: *«anche questioni di giurisdizione, già prospettate come tali di fronte alla Corte di cassazione, possono essere oggetto di un conflitto di attribuzione: ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 362 del codice di procedura civile) e ricorso per conflitto sono due rimedi distinti, operanti su piani diversi, e non si può escludere che siano attivati entrambi, di fronte ad una pronuncia giudiziaria alla quale siano contemporaneamente imputabili l'erronea applicazione delle norme sulla giurisdizione e l'invasività in sfere d'attribuzione costituzionale (sentenze n. 52 del 2016, n. 259 del 2009 e n. 150 del 1981)».*

b) L'ufficio del *pubblico ministero* può ricorrere al conflitto quando ritiene che un altro potere abbia violato le attribuzioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.) oppure quelle inerenti alla diretta disponibilità della polizia giudiziaria (art. 109 Cost.)

Tra i casi più interessanti, può essere ricordato il ricorso che la Procura della Repubblica di Roma presentò contro la Commissione parlamentare di inchiesta perché quest'ultima, ottenuta la disponibilità della vettura in cui viaggiavano Ilaria Alpi e Miran Hrovatin, aveva impedito alla Procura di svolgere congiuntamente accertamenti tecnici irripetibili sulla vettura stessa (sentenze n. 26 del 2008).

Di particolare rilievo è anche la sentenza n. 229 del 2018 con cui è stato risolto un conflitto di attribuzione tra poteri promosso dal Procuratore della Repubblica di Bari nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri in relazione ad una disposizione di rango primario che imponeva ai vertici delle Forze di polizia di adottare «apposite istruzioni», affinché i «responsabili di ciascun presidio di polizia interessato» trasmettessero alla «propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale». La Corte ha accolto il conflitto per violazione dell'art. 109 Cost., evidenziando come la disposizione impugnata – pur volta a garantire un interesse meritevole di tutela, quale è il coordinamento informativo tra le diverse Forze di polizia – avrebbe potuto consentire ai vertici di queste ultime (e, per il tramite di esse, al Governo) di conoscere una notevole quantità di dati e informazioni ultranei rispetto alle necessità di coordinamento e di organizzazione, con il rischio di pregiudicare il segreto investigativo.

Ovviamente, anche un ufficio di Procura può essere soggetto passivo del ricorso.

Notissimo è il ricorso presentato dal Presidente della Repubblica il 30 luglio 2012 contro il Procuratore della Repubblica del Tribunale di Palermo in relazione all'attività di intercettazione telefonica che aveva coinvolto la Presidenza della Repubblica (sentenza n. 1 del 2013).

Si possono però anche ricordare i conflitti originati dall'apposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri (sentenze n. 86 del 1977, n. 110 del 1998, n. 487 del 2000, n. 106 del

2009 e n. 24 del 2014). In particolare, con quest'ultima pronuncia, la Corte costituzionale ha risolto l'ennesimo conflitto sorto, con riferimento all'intricata vicenda legata al sequestro di Abu Omar, tra potere giudiziario e Presidenza del Consiglio. Al centro della controversia stava l'esatta qualificazione dei confini per l'apposizione del segreto di stato; secondo l'Avvocatura di Stato una libera e discrezionale interpretazione da parte della magistratura avrebbe comportato una menomazione della competenza in materia del Presidente del Consiglio, cui spetterebbe la facoltà di decidere l'oggetto di apposizione del segreto (nel caso di specie i rapporti tra CIA e servizi segreti italiani e gli *interna corporis* del SISMI). Il giudice costituzionale ha accolto i ricorsi governativi, rilevando come «l'apposizione del segreto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri – cui spetta in via esclusiva l'esercizio della relativa attribuzione di rango costituzionale (salve le attribuzioni di cui agli artt. 30 e seguenti e 41 della legge n. 124 del 2007), in quanto afferente la tutela della *salus rei publicae*, e, dunque, tale da coinvolgere un interesse preminente su qualunque altro, perché riguardante “la esistenza stessa dello Stato, un aspetto del quale è la giurisdizione” (sentenza n. 86 del 1977) – non può impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato, ma può inibire all'autorità giudiziaria di acquisire ed utilizzare gli elementi di conoscenza coperti dal segreto. Un ambito, questo, nel quale il Presidente del Consiglio dei ministri gode di un ampio potere discrezionale, sul cui esercizio è escluso qualsiasi sindacato dei giudici comuni, poiché il giudizio sui mezzi idonei a garantire la sicurezza dello Stato ha natura politica».

Più recentemente, infine, la Corte costituzionale ha deciso il conflitto promosso dal Senato della Repubblica contro la Procura di Firenze in relazione al sequestro della messaggistica *whatsapp* di un senatore contenuta nel cellulare di un indagato nell'ambito di un procedimento giudiziario in materia di finanziamento dei partiti politici (sentenza n. 170 del 2023).

3. (Segue): Che cosa si “impugna” o non si “impugna” nel conflitto.

Le attribuzioni che la Costituzione assegna ai magistrati possono essere difese con il conflitto quale che sia l'atto, il provvedimento o il comportamento che il ricorrente ritiene pregiudizievole. Il conflitto può originare finanche da una omissione.

Problemi si pongono solo quando il conflitto è originato dall'approvazione di un *atto normativo*.

Se si tratta di un atto normativo secondario (di un regolamento), tale possibilità è sempre riconosciuta (v. in particolare sentenza 420 del 1995 che ha deciso il conflitto promosso dal procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli contro i Ministri dell'interno e della Giustizia in merito a un regolamento in tema di programmi di protezione dei collaboratori con la giustizia).

Una risposta più articolata deve darsi se l'atto normativo sia primario, cioè si tratti di una *legge* o un *atto avente forza di legge*.

La Corte ha ammesso, in passato, alcuni ricorsi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato aventi ad oggetto un atto legislativo (sentenze 457 del 1999, 139 del 2001, 221 del 2002), avvertendo, però, che, in linea di principio, le fonti primarie devono essere sottoposte al suo controllo attraverso il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale (tra le tante, significativamente, sentenza 284 del 2005). In ogni caso, non si è mai trattato di ricorsi promossi da giudici, i quali, nell'esercizio delle proprie funzioni, hanno la potestà di attivare direttamente il giudizio di legittimità costituzionale (ordinanza n. 144 del 2000)⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ La Corte, peraltro – proprio al fine di evitare che si creino “zone franche” – ha ammesso che il giudice possa sollevare questioni di legittimità costituzionale anche sulle disposizioni di legge che definiscono la sua capacità e le sue attribuzioni funzionali, precisando che ogni giudice ben può, *in limine litis*, investire la Corte della verifica di conformità a Costituzione delle disposizioni legislative che affermino, ovvero escludano, la sua legittimazione a trattare un determinato

Una diversa posizione la Corte ha assunto nel 2018, ammettendo un conflitto promosso dall'autorità giudiziaria *requirente*. Nella già ricordata sentenza 229 del 2018 (in particolare nel punto 2.2. del considerato in diritto), la Corte ha affermato, anzitutto, che non è la mera configurabilità di un giudizio nel quale la disposizione può trovare applicazione (e, dunque, essere censurata) a ostacolare l'ammissibilità del conflitto, ma l'ostacolo deve provenire semmai da un giudizio in cui il potere dello Stato, che ha ritenuto di lamentare la lesione della propria sfera di attribuzioni attraverso il ricorso per conflitto, abbia la possibilità di proporre l'eccezione di legittimità costituzionale; in secondo luogo, essa ha sottolineato, ben più incisivamente che in passato, che il conflitto è strumento preordinato a garantire la sfera di attribuzioni determinata, per ciascun potere, dalla Costituzione, a prescindere dalla natura degli atti da cui può derivare la lesione di tale sfera, e che, dunque, ciò che conta è che vi sia materia per un conflitto; infine, essa ha evidenziato che non è indifferente che il ricorso risulti necessario per ottenere una tutela immediata delle attribuzioni costituzionali e ad impedire il verificarsi di lesioni non rimediabili.

Anche se la Corte ha nuovamente evidenziato che l'autorità giudiziaria "giudicante" ha, in linea di principio, a disposizione il rimedio del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, la sentenza ricordata indubbiamente amplia le possibilità, per il potere giudiziario, di ricorrere a tale strumento a tutela delle proprie attribuzioni costituzionali.

4. Gli aspetti processuali.

Di seguito, in sintesi, le più rilevanti questioni processuali di cui avere contezza.

a) Il conflitto di attribuzione tra poteri si introduce con *ricorso*, sottoscritto e depositato presso la cancelleria della Corte. Tuttavia, è ammissibile anche l'atto introduttivo che prenda le vesti di un'*ordinanza*, purché essa risponda ai contenuti richiesti dall'art. 37 della legge n. 87 del 1953 e dall'art. 24, comma 1, delle norme integrative (*ex plurimis* decisioni n. 315 del 2006; n. 139 e n. 91 del 2016, n. 271 e n. 161 del 2014; n. 296 e n. 151 del 2013). È, infatti, principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale quello secondo cui, con riguardo ai conflitti proposti da un'autorità giudiziaria, non ha rilievo il fatto che l'atto introduttivo abbia, anziché la forma del ricorso, quella dell'ordinanza, qualora, al di là del *nomen iuris*, l'ordinanza possieda i requisiti di sostanza necessari per un valido ricorso (così sentenza n. 315 del 2006).

b) Il ricorso deve contenere l'esposizione delle ragioni di conflitto e l'indicazione delle norme costituzionali che regolano la materia ai sensi dell'art. 26, comma 1, delle norme integrative.

La formulazione del ricorso deve rispettare i principi di "completezza e autosufficienza".

Valgono le prescrizioni circa la nullità formale del ricorso e le irregolarità sanabili previste dal *Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato* (sent. n. 123/1979).

Non è strettamente necessario indicare la controparte, ossia il potere contro cui è promosso il ricorso (anche se generalmente il ricorso individua il resistente). Come a breve si dirà, è la stessa Corte costituzionale che, nel dichiarare ammissibile il conflitto, individua il potere o i poteri ai quali il ricorso deve essere notificato.

c) La presentazione del ricorso non è soggetta a termini di decadenza. Il conflitto può essere sollevato in qualsiasi momento, purché vi sia interesse a vedere ristabilito il corretto ordine delle competenze (ciò che ad esempio impedisce che si possa ricorrere al conflitto in via ipotetica o preventiva). La sussistenza dell'interesse ad agire è necessaria e sufficiente a conferire al conflitto i caratteri della concretezza e dell'attualità.

procedimento, e ciò anche a prescindere dalle conseguenze processuali che derivino dalla violazione delle disposizioni che regolano tale legittimazione (ordinanza 258 del 2016).

Nella sentenza n. 116 del 2003 si legge: «*Nell'ottica di una soluzione di queste controversie conseguibile prioritariamente, se non esclusivamente, nell'ambito del "campo politico" si può comprendere, [...], la ragione della mancata fissazione, nella legge n. 87 del 1953, di termini di decadenza per la proposizione del ricorso [...] il livello precipuamente politico-costituzionale delle controversie da risolvere ha indotto il legislatore a non prevedere [...] termini per la proposizione del ricorso, per favorire al massimo, al di fuori delle strettoie dei termini di decadenza, la ricerca e la conclusione di intese extragiudiziarie tra gli organi interessati al conflitto*».

d) Il giudizio per conflitto tra poteri è l'unico giudizio costituzionale in cui sono previste due fasi, autonome ma funzionalmente collegate tra loro.

La prima fase si svolge in camera di consiglio, senza contraddittorio. La Corte opera una valutazione preliminare e sommaria dell'ammissibilità del conflitto, al fine di verificare se esiste "materia del conflitto". Tale fase si conclude con ordinanza di ammissibilità o inammissibilità del conflitto. L'obiettivo del legislatore è quello di evitare di coinvolgere, e dare risonanza pubblica, a ricorsi palesemente infondati e pretestuosi. Di recente, invero, la Corte tende a svolgere, già nel giudizio liminare di ammissibilità, una verifica più intensa (v., ad esempio, ordinanza n. 17 del 2019, che, però, non coinvolge un organo giudiziario).

Solo se dichiarato ammissibile con ordinanza, si apre il giudizio "vero e proprio".

Va però sottolineato che l'ordinanza che ammette il conflitto non pregiudica in ogni caso che in seguito il conflitto si chiuda con una pronuncia di inammissibilità: spesso, se il ricorso pone una questione processuale nuova, la Corte ammette il conflitto riservandosi di rivalutare i profili di ammissibilità dopo aver aperto il contraddittorio (sentenza n. 228 del 1975).

e) Con l'ordinanza che dichiara ammissibile il ricorso, la Corte ordina al ricorrente la notifica del ricorso alla controparte, ai sensi dell'art. 37, comma 4, della l. n. 87 del 1953. Il termine entro il quale il ricorrente deve effettuare la notifica è stabilito dalla Corte stessa nel dispositivo, anche se generalmente vengono concessi sessanta giorni.

Ordinando di effettuare le notifiche, la Corte individua la parte o le parti resistenti. In genere, sono quelle individuate dal ricorrente nell'atto introduttivo, ma talvolta la Corte corregge l'impostazione del ricorrente (v., ad esempio, ordinanza n. 46 del 2012) oppure allarga il contraddittorio (ad es., se parte è una Camera, ma la questione riguarda la posizione costituzionale anche dell'altra, il contraddittorio è stato allargato anche a quest'ultima: vedi *ex plurimis* ordinanze n. 470 del 1995, n. 6 del 1996, n. 178 del 2001, n. 102 del 2000, n. 8 del 2008, n. 104 e n. 241 del 2011).

Ai sensi dell'articolo 26, comma 3, delle norme integrative, il ricorso, con la prova delle notificazioni eseguite, è depositato presso la cancelleria della Corte entro il termine perentorio di 30 giorni dall'ultima notificazione (anche se va precisato che la costituzione del resistente sana eventuali vizi).

La costituzione in giudizio del resistente deve avere luogo entro il termine perentorio di 20 giorni dal deposito del ricorso in cancelleria con modalità telematica (ai sensi dell'art. 26, comma 4, delle norme integrative).

La costituzione in giudizio, secondo l'art. 3 delle norme integrative, avviene mediante deposito con modalità telematica di un atto contenente deduzioni e conclusioni. La mancanza di queste ultime non determina però l'inammissibilità della costituzione (sentenza n. 87 del 2012). Il resistente che si sia costituito in termini potrà depositare memorie illustrative anche in seguito.

f) I termini processuali indicati dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di ammissibilità sono perentori.

Secondo un primo orientamento, invero, la decisione di improcedibilità che seguiva al mancato rispetto di tali termini non precludeva al ricorrente di riproporre il conflitto (v. sentenza n. 449 del 1997). Ciò a condizione, chiaramente, che persistesse l'interesse del ricorrente ad una decisione sul conflitto.

A partire dalla sentenza n. 116 del 2003, la Corte cambia però orientamento: quando il conflitto è dichiarato ammissibile nella fase preliminare, il ricorrente che non rispetti i termini processuali indicati nell'ordinanza di ammissibilità e veda dichiarare il conflitto improcedibile, non potrà più riproporre il medesimo ricorso.

Sono dunque dichiarati inammissibili i ricorsi già ammessi e poi dichiarati improcedibili, così come i ricorsi che erano stati dichiarati ammissibili, ma che poi non sono stati coltivati dall'istante con l'esecuzione dei prescritti adempimenti.

g) In linea di principio, nei giudizi per conflitto di attribuzione, infatti, non è ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi. Tale regola, tuttavia, non opera quando la pronuncia resa nel giudizio costituzionale potrebbe precludere la tutela giudiziaria della situazione giuridica soggettiva vantata dall'interveniente, senza che gli sia data la possibilità di far valere le proprie ragioni (v., tra le tante, sentenze n. 144 del 2015, n. 222 e n. 221 del 2014, n. 76 del 2001 e n. 154 del 2004).

h) Le norme sul conflitto tra poteri non prevedono espressamente la possibilità di concedere al ricorrente una tutela cautelare. Tuttavia, nell'ordinanza n. 225 del 2017, la Corte ha affermato che anche nel conflitto tra poteri deve essere assicurata una tutela interinale in tempi brevi: sicché l'art. 40 della legge n. 87 del 1953, che, consente, per gravi ragioni, la sospensione del giudizio su un conflitto Stato-Regioni o fra Regioni, «deve ritenersi analogicamente applicabile» anche al conflitto tra poteri.

i) Il conflitto tra poteri è un processo di parti. Il ricorrente può sempre revocare il ricorso determinando l'estinzione del giudizio (ordinanza n. 31 del 2018). In taluni casi è stata la Corte costituzionale ad accertare “ufficio” che era venuta meno la materia del conflitto (v. le sentenze di cessazione della materia del conflitto nn. 383 del 1993, 469 del 1999, 221 del 2002). In un solo caso la Corte, con una decisione meno condivisibile sul piano processuale, ha dichiarato il conflitto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla sentenza (sentenza n. 174 del 2009).

l) Con la pronuncia che chiude il giudizio per conflitto la Corte dichiara a quale potere spetta o non spetta l'attribuzione costituzionale oggetto del ricorso. Qualora si sia in presenza di un atto viziato da incompetenza, la Corte provvede ad annullarlo. Anche le decisioni giudiziarie possono essere annullate: con la sentenza n. 52 del 2016, ad esempio, la Corte ha annullato una sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 52 del 2016).

In rari casi la Corte si è limitata ad affermare la spettanza del potere senza annullare l'atto che aveva dato origine al conflitto: si legga, ad esempio, la sentenza n. 284 del 2004 con la Corte accolse il conflitto promosso da una Camera nei confronti dell'autorità giudiziaria che non aveva riconosciuto il legittimo impedimento del parlamentare a partecipare alle udienze e in cui la Corte non annullò la sentenza che aveva definito il processo perché ormai passata in giudicato.

m) L'autorità giudiziaria che ricorre o resiste nel conflitto può essere difesa solo da Avvocati del libero foro (v. sentenze n. 1 del 2013, n. 229 del 2018 e n. 170 del 2023) o difendersi da sola. Nel primo caso, c'è il problema del reperimento dei fondi per la difesa: se l'Avvocato non opera *pro bono*, l'unica soluzione è quella di ascrivere il compenso alle spese processuali.

L'Avvocatura dello Stato non può, invece, difendere l'autorità giudiziaria, come si deduce dagli artt. 20 e 37 della l. n. 87 del 1953. Solo nella sentenza n. 2 del 2007 l'autorità giudiziaria è stata difesa dall'Avvocatura dello Stato, ma si trattava di un conflitto tra Stato e Regioni in cui lo Stato (ossia il Presidente del Consiglio dei Ministri), che invece è difeso dall'Avvocatura, si era costituito “a difesa” dell'autorità giudiziaria (v. meglio *infra*).

5. L'autorità giudiziaria nei conflitti tra Stato e Regioni.

Considerazioni diverse da quelle sin qui svolte si impongono quando il giudice, anziché essere parte del conflitto fra poteri dello Stato, è “parte” del conflitto fra Stato e Regioni.

Ciò accade quando una Regione - che, per costante giurisprudenza costituzionale, non è potere dello Stato ai sensi dell'art. 134 Cost. - solleva un conflitto di attribuzione contro lo Stato, impugnando un provvedimento giurisdizionale (imputandolo allo Stato complessivamente inteso).

Tra i casi più interessanti, merita di essere ricordato il ricorso della Regione Marche, la quale ha proposto ricorso contro lo Stato, lamentando che una sentenza del Consiglio di Stato con cui era stata annullata una delibera consiliare avesse pregiudicato le attribuzioni del Consiglio regionale (sentenza n. 2 del 2018).

Non risulta invece che un magistrato abbia mai sollecitato il Presidente del Consiglio dei ministri a proporre ricorso contro la Regione, lamentando che quest'ultima avesse interferito con l'azione della magistratura.

A differenza del conflitto tra poteri, il conflitto tra Stato e Regioni prevede che sia impugnato uno specifico provvedimento e che il ricorso sia proposto entro sessanta giorni dalla notificazione o pubblicazione ovvero dall'avvenuta conoscenza dell'atto impugnato (art. 39 della l. n. 87 del 1953).

Nei conflitti Stato-Regioni originati da un provvedimento giudiziario, per lungo tempo l'organo giudiziario si è trovato ad essere parte “sostanziale” del conflitto (in quanto in discussione era la legittimità di un provvedimento giudiziario), senza potersi costituire in giudizio. In quanto le parti erano solo la Regione ricorrente e lo Stato resistente, di fronte alla Corte costituzionale potevano costituirsi solo la Regione e il Presidente del Consiglio, cui era stato notificato il ricorso.

Si creava così una situazione anomala: il Governo, “nemico naturale”, diventava il soggetto istituzionalmente preposto a difendere la magistratura nei confronti dell'ente regionale. E poteva anche accadere che il Presidente del Consiglio decidesse di non costituirsi, lasciando così il magistrato privo di difesa nel processo di fronte alla Corte costituzionale.

Rispetto a casi di questo genere, la stessa Corte costituzionale dapprima rilevò «l'esigenza di autonoma rappresentanza e difesa dell'ordine giudiziario» (Corte cost., sentenza 70 del 1985), successivamente, nel risolvere un conflitto fra poteri sollevato dal giudice in ordine alla mancata costituzione del Presidente del Consiglio dei Ministri nel conflitto fra Stato e Regioni, osservò che a tale carenza era necessario porre rimedio «in via normativa», non essendo possibile ovviare ad essa «in via di interpretazione e applicazione dell'ordinamento vigente» (Corte cost., sentenza 309 del 2000).

In assenza di intervento legislativo, una disciplina delle modalità di partecipazione dell'autorità giudiziaria nel conflitto Stato-Regioni è stata successivamente dettata dalla stessa Corte costituzionale attraverso una modifica alle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale” (delibera del 10 giugno 2004). L'attuale art. 27, comma 2, n.i. stabilisce 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», così da consentire anche all'autorità giudiziaria, il cui provvedimento sia impugnato, di intervenire nel giudizio costituzionale ed esplicitare pienamente la propria difesa, anche portando argomentazioni “contrarie” a quelle espresse dal Governo.

Nel conflitto Stato-Regioni avente ad oggetto un provvedimento giurisdizionale, l'organo giudiziario si è costituito in giudizio in varie occasioni. In un caso, si sono costituiti la Corte Suprema di Cassazione, in persona del Primo Presidente *pro-tempore*, e la I sez. civile della Cassazione, in persona del Presidente *pro-tempore*, entrambe rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato (Corte cost., sentenza n. 2 del 2007, già ricordata al par. 3, sub lett. m). In altri giudizi, gli organi giudiziari si sono costituiti e difesi “personalmente”: la Procura regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il

Trentino-Alto Adige, sede di Bolzano, nella sentenza n. 252 del 2013, e la Procura regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti per l'Regione Emilia-Romagna nella sentenza n. 43 del 2019.

In più occasioni la Corte ha accolto il ricorso; in due di esse ha annullato le sentenze che erano state impugnate (sentenze n. 285 del 1990 e n. 2 del 2018).

6. Conclusioni.

Da un'analisi complessiva della giurisprudenza costituzionale resa in sede di conflitto tra poteri emerge come la magistratura sia frequentemente parte (attiva o passiva) di conflitti di attribuzione; anzi, essa è quasi sempre una delle parti del conflitto.

Quali sono le ragioni di questa tendenza?

Per provare a dare una risposta, è utile la rilettura di un passo della già citata sentenza n. 116 del 2003, in cui la Corte inquadra l'istituto del conflitto tra poteri qui in esame:

«I conflitti tra “poteri” dello Stato, ora demandati dalla Costituzione alla cognizione della Corte costituzionale, nell'ordinamento statuario, in quanto riguardavano controversie tra gli organi supremi dello Stato, non avevano un giudice e venivano risolti, a seconda dei casi, in base a prassi, convenzioni o consuetudini, che si fondavano su convincimenti in larga misura di carattere politico. Incentrando pertanto la soluzione dei conflitti su rimedi spontanei tipici delle vicende politiche, la dimensione giuridica delle controversie finiva con l'essere assorbita da quella politica, tanto che la Relazione ministeriale al disegno di legge 11 marzo 1953, n. 87 rilevava che questi conflitti “finora non erano mai stati considerati come suscettibili di soluzione fuori del campo politico”.

Tuttavia, anche quando è entrato in vigore l'art. 134 della Costituzione ed è divenuta costituzionalmente garantita la delimitazione della sfera di attribuzioni dei diversi complessi organizzativi titolari di funzioni si è assistito, almeno nei primi tempi, alla riluttanza dei titolari degli organi vertice dello Stato ad abbandonare la logica delle mediazioni e delle intese spontanee per chiedere alla Corte costituzionale la soluzione di divergenze sulla spettanza dei reciproci poteri, nelle quali molto spesso il profilo giuridico ed il profilo politico della questione sono strettamente intrecciati. Del resto, della utilizzabilità dello strumento giudiziario per la soluzione dei conflitti tra poteri si dubitava anche durante la fase di attuazione dell'art. 134 della Costituzione, tanto che l'on. Ambrosini, nel corso del dibattito parlamentare sulla legge n. 87 del 1953 (I legislatura, Atti Camera dei deputati 28 novembre 1950), rendendosi interprete di questi dubbi ebbe a ribadire che la soluzione di quelle divergenze “non può aversi, anche oggi, che nel campo politico”. [...] Per tutte queste ragioni la disciplina legislativa di questo tipo di processo presenta, in relazione alle sue finalità ed alla particolarità dell'oggetto, aspetti assolutamente peculiari. Tale disciplina deve peraltro continuare ad applicarsi in tutti i suoi precetti, anche in presenza di una significativa evoluzione della prassi e della giurisprudenza in materia di conflitti di attribuzione, che mostra, tra l'altro, l'ampliamento dei soggetti legittimati e soprattutto il crescente coinvolgimento di autorità giudiziarie diverse, nella qualità di organi di un potere “diffuso”, in ricorsi che hanno ad oggetto la tutela costituzionale della sfera di competenza dell'ordine giudiziario nei confronti degli altri poteri dello Stato».

La Corte, in questa decisione, prende atto della crescente conflittualità tra magistratura e altri poteri, e ci fa comprendere la differenza tra potere politico e potere giudiziario. Il primo può e deve mediare; il secondo no. I magistrati, infatti, se non vogliono pregiudicare la loro indipendenza, non possono non devono, trovare un accordo (soprattutto con l'organo politico) fuori del processo costituzionale.

Ecco spiegate le ragioni che vedono giudici e procure sempre più coinvolti nei conflitti costituzionali.

Autori

Giovanni Amoroso

Presidente della Corte costituzionale

Roberto Bin

Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Ferrara

Francesca Biondi

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano

Roberto Cisotta

Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università Sapienza di Roma – Esperto del Servizio studi della Corte costituzionale

Giacomo D'Amico

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina – Assistente di studio presso la Corte costituzionale

Pietro Gaeta

Procuratore generale della Corte di cassazione

Marina Maiella

Consigliere presso la Corte costituzionale, Responsabile dell'Ufficio del Ruolo

Roberto Milana

Direttore del Servizio di cancelleria della Corte costituzionale

Bruno Nascimbene

Professore emerito di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano

Francesco Palazzo

Professore emerito di Diritto penale, Università degli Studi di Firenze

Giampaolo Parodi

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Pavia

Roberto Pinardi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Roberto Romboli

Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Pisa

Marco Ruotolo

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

Diletta Tega

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università Alma mater di Bologna