

Piero Gaeta

LA QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE: UN DECALOGO BREVE PER GIOVANI MAGISTRATI

(Relazione all'incontro di formazione organizzato dalla SSM per i MOT nominati con D.M. 2 marzo 2021)

Roma, 19 luglio 2021

1. Premessa: i modelli di sindacato di costituzionalità.

Anche se il mio intervento vuole essere 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**, cioè innestato 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.

Tutti sanno che i nostri Costituenti, dopo un dibattito trasversale la cui essenza investiva proprio il tema della supremazia del Parlamento, optarono – per ciò che attiene al controllo di legittimità delle leggi - per un sistema misto, una forma –talmente originale, da lasciare, inizialmente, scettici i più- di un **sindacato accentrato, successivo, indiretto**.

La Costituzione formalizzò in sostanza il connotato di accentramento ed il carattere successivo del controllo, rinviando ad una ulteriore legge costituzionale per quanto attiene alle modalità di innesco del procedimento.

Infatti, per il **comma 1 dell'art. 134, 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, il **comma 1 dell'art. 136**, 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 1 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, in termini schiettamente operativi, ci si interroga sui presupposti di una "buona" decisione del giudice in merito alla proposizione di una questione di costituzionalità. Si introduce un sistema di "controllo diffuso" della costituzionalità della legge: un qualcosa che, solo in parte, evoca il *judicial review* del sistema americano ed affida anche all'ultimo dei giudici monocratici la tutela della *higher law* del Paese, cioè della Costituzione. E si delinea una particolare fisionomia del filtro, una sorta di determinazione dell'ampiezza delle sue maglie, che rappresenta il profilo più delicato del sistema: il cittadino accede alla Corte non quando il giudice ritiene fondata la questione; è necessario e sufficiente che la ritenga **non manifestamente infondata**.

2. Controllo diffuso, sindacato accentrato.

Abbiamo dunque un sistema a **controllo diffuso** - nella misura 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**. Ai fini del nostro discorso, basterà rilevare che questa scelta attenua l'opzione per il carattere indiretto del controllo ed esprime probabilmente i timori dei Costituenti per un atteggiamento reazionario della magistratura ordinaria, che comportasse una eccessiva lentezza dell'indispensabile adeguamento a Costituzione della intera mole del dispositivo nazionale di legislazione.

Preme tuttavia – prima di passare al concreto- sfatare un **luogo comune**, direttamente attinente a quanto detto finora. Che cioè la "questione incidentale" di costituzionalità è in crisi per via della severità assoluta della Corte nella delibazione delle ordinanze di remissione e che dunque una Corte inflessibile - e che non ha mancato di 'bacchettare' i giudici comuni a suon di pronunce di inammissibilità – ha spaventato i giudici comuni, scoraggiandoli a prospettare il dubbio, come dimostrano i numeri (solo per citarne alcuni, tra le molte statistiche possibili, nel 2008 la percentuale dei giudizi incidentali, sul totale delle decisioni della Corte, era pari al 74,16% con 333 giudizi, mentre lo scorso anno, 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). Più in generale, 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, la portanza, l'importanza di giudice e giudizio a quo.**

E' vero esattamente il contrario.

Se scorriamo 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, trascendendo spesso di gran lunga le esigenze del

processo base»⁽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**». (2)

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 sistema. In due parole: **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»⁽³⁾ 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»⁽⁴⁾ – 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**»⁽⁵⁾.

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

E' sintomatico che 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 di essa intelligente, né troppo lasca né troppo

¹) 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*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, p. 25.

²) M. PATRONO, *loc.ult.cit.*

³) 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.

⁴) Bella metafora di V. ANGIOLINI, *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988, p. 170.

⁵) M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, p. 120.

rigorosa; prospettica, quindi né formalistica, ma neppure disimpegnata e superficiale. Insomma, vigilare stanca: è comunque una funzione impegnativa.

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

Piuttosto che avventurarmi in una 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 più frequenti 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.

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 - cosa possa intendersi per *concreta* funzione di *iuris dictio*, in senso proprio.

La giurisprudenza della Corte **ha, nel primo ventennio di attività, 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:

- a) che deve, in quel momento processuale, fare applicazione della norma denunciata;**
- b) che deve essere nell'esercizio dei suoi poteri giurisdizionali;**

c) che deve essere titolare del «potere di risolvere quell'aspetto anche solo procedimentale o preliminare, necessario per la prosecuzione e definizione del giudizio»⁽⁶⁾.

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. E' 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 ***irrelevanza 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 processuali, inviolabili anche dai nobili fini

⁶⁾ 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**.

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

Stesso discorso per l'**incidente di ricusazione**, 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 ricusazione, ma, soprattutto, perché sarebbe lo stesso giudice ricusato ad essere abilitato alla sospensione del processo principale, che il legislatore ha invece inteso riservare al giudice competente dopo la valutazione dell'ammissibilità dell'atto di ricusazione (**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 rimessione 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 costituzionalità (7).

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'obiettiva applicazione della legge" ad opera di soggetti "posti in posizione super partes" (sentenze n. 376 del 2001 e n. 387 del 1996)»** (8).

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

7) 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).

8) 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».

È affermazione frequente, in dottrina, quella secondo cui «**la nozione di rilevanza risulta inscindibilmente legata alla incidentalità e concretezza del giudizio costituzionale**»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) **richiede che la decisione incida sul giudizio principale** nell'ambito del quale ha trovato origine la questione. In questo senso, si 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, che 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**»¹⁰⁾.

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 rilevanza¹¹⁾. 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**»¹²⁾ 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

⁹⁾ In questi termini, ad es. A. RUGGERI- A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, p. 250.

¹⁰⁾ Così, fra le moltissime, possibili citazioni, E. CATELANI, *La determinazione*, cit. p. 96

¹¹⁾ 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.

¹²⁾ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, p. 108.

esclusivamente l'ordinanza di rimessione. Ad essa e 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).

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 (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 delibazione 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 applicando. E, quindi, 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, talora abbagliato eccessivamente, **creando l'equivoco che sia l'astrattezza la fondamentale modalità di approccio al giudizio di costituzionalità**: ne è, forse (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 non può che fallire.

Per questo, la Corte atterrisce all'idea di una **motivazione per relationem** dell'ordinanza, quale che 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*.

¹³) Per un approfondimento sul punto della pregiudizialità e della *lis ficta*, v.F. DELLO SBARBA, *L'inammissibile impugnazione della legge in mancanza di lite pregiudiziale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1301.

Peraltro, sono note le **critiche all'atteggiamento della Corte rispetto alla nozione di 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 formalistico⁽¹⁴⁾, in funzione di «intendimenti di equilibrio politico»⁽¹⁵⁾**.

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 decisorii. Si pensi alla **sentenza n. 210 del 2013**, con la quale la Corte – nella nota vicenda dei cc.dd. “figlio di un Dio minore” di Scoppola ha derogato alla propria costante giurisprudenza circa l'inammissibilità di un 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, se vero, **non esime il giudice rimettente** – proprio al fine, se si vuole, 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**, nel senso di 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 remissione.

¹⁴⁾ Lo rilevano in tanti: per una critica esplicita L. CARLASSARE, «La tecnica ed il rito»: ovvero il formalismo nel controllo della rilevanza, in *Giur. cost.*, 1979, spec. p. 760 ss.

¹⁵⁾ 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.

Se allestito troppo in fretta, l'incidente di costituzionalità rischia di *anticipare* l'esistenza del potere decisorio, 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 deliberata 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. Ricordarsi, quanto alla non manifesta infondatezza, che la discrezionalità è del legislatore (e non della Corte) col solo limite della palese irrazionalità.

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 "rime obbligate" – 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 chiesto già tre volte (**ordd. nn. 178 del 1997; 412 del 1998 e 245 del 1999**) e la Corte ha spiegato, per tre volte, 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, rileverà 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**).

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 incriminatici 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 ragione- 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.

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 *estrema ratio*; ecc.) impegna il rimettente, sia sul piano strettamente processuale, sia su quello del ‘merito’. Quanto al primo aspetto, egli, innanzitutto, dovrà (potrà) delibare 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 mancanza** ⁽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 giudice ⁽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

¹⁶⁾ 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

¹⁷⁾ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1997, pp. 77-78.

dell'incidente di costituzionalità- **avrà l'obbligo di motivare espressamente sul punto della (ritenuta) propria giurisdizione e/o competenza nell'ambito dell'ordinanza di rimessione.**

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 – a mio avviso- in un famoso passaggio della **sent. n. 356 del 1996**, allorquando 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 pronuncia ⁽¹⁸⁾, 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...’) ⁽¹⁹⁾, 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 da superare i prospettati dubbi di legittimità costituzionale»**, per dirla con **l'ord. 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

¹⁸⁾ In quel giudizio, infatti, il rimettente richiamava espressamente, a conforto dell'interpretazione sostenuta nell'ordinanza di rimessione, 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».

¹⁹⁾ 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, *Acora 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).

decenni passati- ad una lettura in sintonia con i valori costituzionali, nel senso del “monito Zagrebelsky” (20).

Certo è che il “monito Zagrebelsky” è stato assai duro. Il **«risvolto processuale» (Napoleoni) di quella affermazione era l’adozione della pronuncia di inammissibilità non solo ogni qual volta il giudice avesse omissso 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

20) 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)** E’ 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 interviene proprio su tale rigoroso presupposto, mitigandolo molto.

Lo aveva già scritto **Franco Modugno**, qualche anno prima ⁽²¹⁾: 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 la Corte 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 coeve ⁽²²⁾ – 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 Modugno.** ⁽²³⁾ 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 prospetterne una interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito.** Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela (...) necessario,

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.

²² Sentt. n. 262 del 2015, 36, 45, 95, 111, 173, 204, 219 del 2016.

²³ Quanto ai seguiti conformi, v. sentt. n. 53, 69, 180, 194, 208, 213, 218, 254 del 2017, nn. 15 e 40 del 2018.

pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile».

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.

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: nel senso specifico dell'esistenza di 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**»⁽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». (25)

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.

Elementare?

In realtà, questa "elementare" sequenza scatena alcuni interrogativi, ognuno dei quali grande quanto un monte.

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*

²⁴⁾ 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.

²⁵⁾ Efficacemente, A. CARDONE, *op. cit.*, p. 37, sulla scorta, peraltro, della **ord. n. 314 del 1999**.

in capo al giudice ⁽²⁶⁾, **cosa accade quando si fronteggiano due possibili opzioni interpretative “alla pari” ?**

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» ⁽²⁷⁾.

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. ⁽²⁸⁾- 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 Cassazione ⁽²⁹⁾. 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 vivente ⁽³⁰⁾. Non lo è neppure quello desunto o desumibile da prassi amministrative, circolari, regolamenti esecutivi ⁽³¹⁾. 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

²⁶) 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 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».

²⁷) A. Anzon, *op. cit.*, p. 1085.

²⁸) ...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.

²⁹) Come accaduto, ad esempio, per l'**ord. n. 27 del 2000, Vassalli- Contri**, di manifesta inammissibilità rispetto ad un 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 esposte dalla Corte di cassazione, Sezioni unite, nella sentenza n. 11394 del 1996.

³⁰) 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.

³¹) 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.

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*:

a) dapprima, ricerca di un eventuale diritto vivente sul punto controverso;

b) in relazione a ciò, verifica la possibilità di un' interpretazione adeguatrice, che diviene, pertanto, eventuale;

c) adotta, quindi, la decisione sull'incidente.

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

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.

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 'somiglianza'***; 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 perdente ⁽³²⁾ 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.**

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 e’ «consentito richiedere l’intervento di questa Corte affinché controlli

³²⁾ 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.

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.

E', 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:

i) 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);

ii) 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.);

iii) 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, magari, una sorta di conflitto personale. E' quanto emerge, ad esempio, dall'ord. n. 58 del 2002, Ruperto-Neppi.⁽³³⁾.

8. Rammentare che non vanno censurate situazioni di fatto: occorre reperire il diritto per censurarle.

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 gli sottopongono questioni di mero fatto o, ancora, situazioni patologiche derivanti da **distorte prassi applicative, 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

³³⁾ 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 giudice del giudice che negli atti preliminari al dibattimento abbia respinto la richiesta di applicazione della pena concordata ex art. 444 cod. proc. pen.

distinguere, cioè, gli effetti perversi della realtà fattuale dallo 'spirito maligno', direbbe Guido Calabresi, dell'incompatibilità costituzionale.

Non è semplice: ed, anzi, capisco 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 possibili ⁽³⁴⁾. Si va:

i) dalla 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, Ruperto-Vari**: la Corte rileva che si tratta, appunto, di una eventualità di fatto e che l'inadeguatezza è di tipo legislativo;

ii) alla 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, Ruperto-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)»;

iii) dalla censura che ha denunciato, ad esempio, 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 l'anacronismo di una norma risalente all'epoca della preclusione della magistratura alle donne; una piccata ordinanza redatta da Fernanda **Contrì (n. 172 del 2001, Pres. Ruperto)** ha posto in risalto, per un verso, l'attualità della norma la norma ⁽³⁵⁾ 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».

³⁴⁾ Per un'ulteriore esemplificazione, cfr *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2002, p.50 ss.

³⁵⁾ 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...»

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.

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 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; di recente, 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 allorquando si richiede una pronuncia **manipolativa di sistema** (come le chiama la Corte). E' 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.

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: vero; ma è reale anche una sorta di 'sposatezza' 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 anni⁽³⁶⁾, 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 recentissima sentenza n. 127 del 2021, depositata lo scorso 21 giugno – 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

³⁶) 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).

la richiesta di rito alternativo al Giudice del 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 precedente del Tribunale di Lecce ha disposto la prosecuzione del giudizio a quo nonostante la pendenza del presente incidente di costituzionalità. Cioè, non solo non ha sospeso il giudizio, ma ha adottato un provvedimento di segno contrario ed ha persino inviato una missiva alla Corte con la quale ha comunicato **comunicando** di avere pronunciato il 28 aprile 2021, in esito a giudizio abbreviato, sentenza di condanna dell'imputato alla pena di tre anni e quattro mesi di reclusione, allegando alla nota copia della sentenza stessa, sostanzialmente rappresentando al Giudice delle leggi di aver potuto procedere alla definizione del processo a prescindere dalla soluzione del dubbio di costituzionalità in precedenza da lui stesso sollevato. In breve, il giudice *a quo* si è pentito di aver sollevato la questione, evidentemente consapevole, *re melius perpensa*, di poter pervenire alla soluzione auspicata in via interpretativa e senza declaratoria di incostituzionalità.

La Corte è stata molto severa in sentenza. Ha rimesso espressamente copia della pronuncia al Procuratore Generale della Cassazione per le iniziative di competenza (ritenendo, evidentemente, nella condotta del giudice *a quo* gli estremi di una violazione eventualmente rilevante sotto il profilo disciplinare), ma soprattutto 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 precedente – 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 irretrattabile.

Altro obbligo: 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.⁽³⁷⁾ E' possibile modificare l'ordinanza di rimessione ? Integrarla ? Ed è possibile da parte del giudice *a quo* revocarla dopo la sua emissione ?

³⁷⁾ 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.

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.