



SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL SISTEMA “ACCENTRATO” DI COSTITUZIONALITÀ

UNIVERSITÀ DI PISA – 25 OTTOBRE 2019

L’ACCESSO E L’INCIDENTALITÀ*

ANNA MARIA NICO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le zone franche del giudizio incidentale e non solo. – 3. Ulteriori questioni processuali e loro riflessi sostanziali. – 4. Controlimiti e rapporto con il carattere accentrato del giudizio costituzionale. – 5. Le trasformazioni dell’incidentalità: gli effetti e le possibili cause.

1. *Introduzione*

Il sistema di giustizia costituzionale italiano, come noto, è qualificabile come sistema “doppio misto” e, in quanto tale, è caratterizzato dalla commistione di elementi tra loro eterogenei sia sotto il profilo genetico che sotto quello funzionale: accanto ad alcuni caratteri propri dei sistemi accentrati si trovano infatti a convivere elementi tipici dei sistemi di controllo diffuso e unitamente ad una componente giurisdizionale se ne affianca una politica in quanto, com’è noto, la composizione della Corte si rivela altresì ibrida (anch’essa destinata, come si vedrà, a determinare la dinamicità del modello).

Tale commistione, decisamente originale nella sua struttura modellistica, contiene intrinsecamente una fisiologica “instabilità” o, sarebbe meglio dire, “dinamicità” del sistema. Un modello geneticamente concepito come “compromissorio”, invero, nel corso del tempo può per sua stessa natura subire modificazioni che si traducono nella prevalenza dell’uno o dell’altro degli elementi che concorrono a connotarlo. Circostanza questa, che, ben lungi dal dover essere letta come indicativa di uno stato patologico del sistema, costituisce piuttosto una sua peculiarità.

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

D'altronde, un sistema così concepito, non può che mostrarsi sensibile al modificarsi dell'*humus* culturale, ideologico e politico-istituzionale, quasi assecondando una sorta di moto oscillatorio degli stessi fattori che inevitabilmente condizionano il suo funzionamento.

Le costanti oscillazioni, tuttavia, se da un lato possono apparire come il segno di una sorta di auto-adattamento alle mutate esigenze sociali e politiche e, quindi, riconducibili nell'alveo di un fisiologico e naturale processo di assestamento del modello; dall'altro, potrebbero assumere caratteristiche e ampiezza tale da dover essere qualificate come vere e proprie "variazioni" o "deviazioni" del sistema stesso. Per tali ragioni, l'interprete non può esimersi dal compiere un'indagine in merito alla natura e all'entità delle oscillazioni subite da un sistema c.d. misto, nella consapevolezza che qualora le "oscillazioni" vengano ad assumere i connotati di "variazioni", ben diversa dovrà essere la portata effettuale (interna ed esterna all'intero sistema giuridico) da assegnare alle conseguenze dalle stesse derivanti.

Una ricerca sulle ragioni che presiedono le modificazioni che nell'ultimo cinquantennio hanno caratterizzato il nostro sistema di giustizia costituzionale, può gettar luce sulla loro natura. E tanto, al fine di meglio comprendere se le stesse siano qualificabili come mere "oscillazioni" fisiologiche, o se debbano piuttosto essere qualificate come "variazioni" sostanziali del sistema. Ma ciò che è importante verificare, ove di oscillazioni si tratti, è se queste siano governate o governabili e soprattutto chi sia il *dominus* di tale governo.

Un dato evidenziato da più parti, e i diversi studi dottrinali sull'argomento lo dimostrano, è che le modificazioni registrate nei primi anni del nuovo millennio si erano assestate su un tendenziale ampliamento della parte del controllo diffuso a discapito della parte accentrata del controllo di costituzionalità. Emblematica in tal senso è stata proprio la sollecitazione della Corte al giudice comune di fornire la disposizione impugnata di una lettura costituzionalmente conforme, in tal modo facendo "avvicinare i due modelli (accentrato e diffuso)"¹.

Inoltre, la dualità del modello di giustizia costituzionale non si limita al solo controllo di costituzionalità delle leggi, ma risiede anche nella composizione ambivalente dell'organo, politica e giurisdizionale. Tale ulteriore elemento rende il modello costituzionale ambiguo da un altro punto di vista, e questa volta non con riferimento al rapporto tra Corte e giudici comuni, bensì con gli altri poteri dello Stato nel determinare la funzione di indirizzo politico². Si tenga conto in proposito che la rappresentanza di due poteri nella composizione della Corte, legislativo e giurisdizionale, e della unità nazionale, Capo dello Stato, conferisce al giudice delle leggi un ruolo di mediazione politica in quanto nel binomio politicITÀ-giurisdizionalità prevarrà la prima parte dello stesso laddove l'organo rappresentativo della sovranità popolare versi in condizione di inefficienza o paralisi politica (ne è un esempio la sentenza n. 1 del 2014), mentre in presenza di una stabilità politica la parte giurisdizionale del caso concreto farà da padrona.

Ritornando al binomio accentrato e diffusione, il titolo della mia relazione potrebbe confermare "a prima lettura" tale corso ed invece esso esprime la presa d'atto di un cambio di rotta rispetto a quanto avvenuto fino a pochi anni fa e segna una controtendenza del sistema teso ad un "ritorno" o una "accentuazione" degli elementi di accentrato del giudizio di costituzionalità.

¹ Così, R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2015, 8.

² Sul punto si rinvia alle ampie riflessioni di R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3011 ss.

Ogni qual volta, infatti, si aprono le porte a nuove ipotesi di accesso al giudizio della Corte ad opera del giudice *a quo*, vi è un corrispondente potenziamento del sindacato del giudice costituzionale. In poche parole, il rapporto tra le due parti del giudizio, quello della incidentalità e quello dell'accentramento, è qualificabile in termini di diretta proporzionalità, nel senso che più si amplia la incidentalità, sul versante soggettivo o oggettivo, più si accentua l'accentramento.

2. *Le c.d. zone franche del giudizio incidentale e non solo*

E' noto che il giudizio incidentale è stato strutturato così come lo conosciamo perché si è voluto creare un filtro di accesso alla Corte costituzionale attraverso un limite soggettivo (riservando solo al giudice tale funzione), ed uno oggettivo (prevedendo che fosse dimostrata la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità).

Il filtro nelle due accezioni considerate, però, nel tempo ha avuto diverse modulazioni. Per un verso, contrariamente alle previsioni, nel primo periodo della sua applicazione, i giudizi rimessi alla Corte da parte dei giudici remittenti non sono stati di poco conto, tanto che uno dei mezzi per alleggerire il carico di lavoro del giudice costituzionale è stato quello di invitare i giudici comuni, dinanzi ad una presunta illegittimità costituzionale, ed effettuare una delibazione, “per così dire, meno sbrigativa, implicante una scelta fra le possibili interpretazioni della norma raffrontata”³. Questo invito ai giudici di far uso dei propri strumenti ermeneutici prima di instaurare il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi ha avuto un *trend* crescente, anche per il rapporto di collaborazione che si è andato via via instaurando, e deve sempre esistere, tra Corte e giudici comuni, e per la maggiore duttilità che il testo costituzionale ha finito con l'assumere nelle mani dei giudici comuni.

Per un altro verso, nel corso del tempo, il filtro di accesso alla Corte ha evidenziato dei punti di criticità in quanto questioni che si ritenevano meritevoli di un vaglio di costituzionalità ne rimanevano sostanzialmente escluse, dando luogo a quelle che poi sono state definite le c.d. le zone franche del giudizio di costituzionalità.

In realtà quando si discetta in ordine alle c.d. zone franche del giudizio di legittimità costituzionale si pone in discussione come la tipologia dei giudizi proponibili innanzi alla Corte, siano essi principali o incidentali o altro ancora, non sia in grado di coprire l'intero panorama delle garanzie costituzionali⁴. Nella specificità del giudizio incidentale la sua intrinseca natura non è idonea, se non in ipotesi emergenziali e con evidenti forzature, come si vedrà oltre, a far fronte a queste aree scoperte dalla tutela costituzionale⁵.

³ Cfr. C. LAVAGNA, *Considerazioni sulla inesistenza di questioni di legittimità costituzionale e sulla interpretazione adeguatrice*, in *Ricerche sul sistema normativo, la giustizia costituzionale*, Milano, 1984, 602 ss.

⁴ Deve però tenersi conto, come evidenziato da S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in www.federalismi.it, 3.7.2019, 7, che “nei rapporti tra Corte e Parlamento, invero, può davvero parlarsi di “zone franche”, se per “zona franca” non si intende – come non deve intendersi – un campo escluso dalla giurisdizione costituzionale in ragione del modello di accesso disegnato dalle leggi costituzionali e ordinarie che a tale disegno hanno dato attuazione: in tali casi, non si tratta di esclusione impropria del potere della Corte, ma di legittima limitazione di quel potere. Invero, in senso proprio, “zona franca”, da pervadere con l'estensione effettiva della giurisdizione costituzionale, è propriamente un campo escluso da tale giurisdizione in forza di espedienti preclusivi”. P. ZICCHITTU, *Le zone franche del potere legislativo*, Torino, 2017, 5, nel ricostruire la portata definitoria della locuzione “zona franca” opera una distinzione tra “zona franca” e “zona d'ombra” attribuendo a quest'ultima la portata definitoria della “zona franca propria”, cioè delle strettoie del giudizio incidentale.

⁵ Cfr. S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in www.rivistaaic.it, 2014.

Come evidenziato da attenta dottrina le zone franche della giustizia costituzionale hanno due differenti modalità per essere coperte: per il tramite della giurisprudenza della Corte oppure attraverso interventi legislativi⁶.

Sebbene due siano le strade percorribili, in realtà è attraverso la giurisprudenza del Giudice delle leggi che si è proceduto alla copertura di quanto la legislazione non abbia previsto e, frequentemente, agendo sul processo costituzionale⁷ attraverso una distorsione/alterazione del mezzo processuale⁸.

La via giurisprudenziale, quindi, ha solcato quelle c.d. zone franche del giudizio di costituzionalità spaziando dal profilo soggettivo a quello oggettivo. Più in particolare, da un primo punto di vista, è stata riconsiderata la figura di “giudice” e di “giudizio” in alcuni casi ampliando ed in altri escludendo la qualificazione di giudice remittente o di procedimento giurisdizionale e così anche l’aspetto oggettivo non è stato esente da diversa valutazione nel corso del tempo, come il tipo di fonte sindacabile dalla Corte (si pensi al regolamento parlamentare oppure al regolamento delegato) o, ancora, il requisito di accesso alla Corte, come la rilevanza della questione, che, in quanto elemento di collegamento pregiudiziale tra il giudizio principale e quello incidentale, ha determinato una diversa modulazione del giudizio incidentale nel suo complesso.

Volendo riassumere brevemente alcuni casi emblematici che hanno investito il profilo soggettivo, deve premettersi una distinzione di carattere generale e cioè che anche da questo punto di vista non deve confondersi la impossibilità per alcuni soggetti di essere qualificati “giudici” ai fini della rimessione della questione di legittimità, dalla ipotesi, invece, in cui potrebbe sussistere il carattere di giudice *a quo*, purtuttavia, per una serie di ragioni che possono spaziare da una scelta “politica” della Corte alla difficile qualificazione dell’organo, tale carattere non gli viene riconosciuto: solo in quest’ultima ipotesi potrebbe ipotizzarsi una zona franca⁹. Un esempio di tale distinzione è offerto dal caso AGCM, in cui la Corte costituzionale (sent. n. 13 del 2019) ha fornito le nozioni di «giudice» e di «giudizio». Premette, infatti, la Corte che “le due nozioni sono state 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.)”. La premessa della Corte diviene dirimente nel caso di specie per escludere l’autorità della concorrenza dal novero dei soggetti “giudice” perché mancherebbe dell’essenziale requisito della terzietà¹⁰.

Diverso è invece il caso della sentenza n. 18 del 2019 che ha coinvolto le Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti i cui atti di controllo sulla legittimità del bilancio possono conside-

⁶ Cfr. R. ROMBOLI, *Le vie di accesso al giudizio sulle leggi e qualche ipotesi per un loro ampliamento*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, cit., 109 ss.

⁷ Sul punto si rinvia alle ampie osservazioni di R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, cit., 2995 ss.

⁸ In tal senso R. BIN, *“Zone franche” e legittimazione della Corte*, in *Forum quad. cost.*, 5.5.2014.

⁹ Sul punto S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, cit., 7.

¹⁰ P. CARNEVALE, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “zona franca”* *Prmissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell’AGCM*, in www.federalismi.it, 12.9.2018.

rarsi promanare da un «giudice» nel corso di un «giudizio» e quindi ritenuti di natura giurisdizionale. Peraltro, la stessa Corte in tale decisione ha fatto un espresso richiamo ad un proprio precedente (n. 196 del 2018,) in cui le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione dei rendiconti regionali sono state legittimate a promuovere il giudizio di legittimità incidentale. E ciò perché, da un lato, ricorrono “le condizioni che presiedono alla legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale: a) applicazione di parametri normativi; b) giustiziabilità del provvedimento; c) pieno contraddittorio, sia nell’ambito del giudizio di parificazione esercitato dalla sezione di controllo della Corte dei conti, sia nell’eventuale giudizio ad istanza di parte; in secondo luogo, perché “la legislazione impugnata, che destina nuove risorse senza che peraltro siano ravvisabili diretti controinteressati, non potrebbe agevolmente essere sottoposta al giudizio di questa Corte per altra via che non sia il giudizio di parificazione. L’esigenza di fugare zone d’ombra nel controllo di costituzionalità, affermata da questa Corte quale tratto costitutivo del sistema di giustizia costituzionale, è tale da riflettersi sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni” (punto 2.1.1 del cons. dir.).

Una ultima notazione sulle zone franche che però è riferita ad un giudizio promosso in via principale e il seguito amministrativo della dichiarazione di illegittimità, è il complesso tema della ottemperanza costituzionale. Merita di nota in questa sede la sent. n. 57/2019 la quale affronta e svolge il tema dell’inerzia dell’Amministrazione dinanzi ad una legge dichiarata incostituzionale. Oltre a richiamare la giurisprudenza della CEDU la quale ha acclarato che “uno degli elementi sintomatici della lesione del legittimo affidamento è la «rottura» di una pronuncia giurisdizionale avente forza di giudicato”¹¹, il giudice delle leggi fa riferimento ad un proprio precedente (ord.n.103/2016) precisando che “ove sussiste il tono costituzionale” e vi è una violazione dell’art. 136 Cost. per inosservanza o elusione del giudicato costituzionale, è ammissibile che sia lo stesso Giudice delle leggi a rilevarla nei confronti della Pubblica Amministrazione (nella specie con un giudizio per conflitto di attribuzione). Non si tratta infatti dell’elusione del giudicato da parte dello stesso legislatore, cioè del soggetto istituzionale nei confronti del quale è rivolta la sentenza di annullamento, ma di un altro soggetto che ignorando il venir meno del presupposto giuridico del principio di legalità che è a fondamento dell’azione amministrativa persegue in un comportamento che da commissivo in costanza della legge, si trasforma in omissivo per l’annullamento della stessa.

Trattandosi di soggetti differenti, da un lato il legislatore, dall’altro l’amministrazione, le problematiche connesse al seguito amministrativo delle sentenze della Corte sono di natura sostanziale e processuale. Infatti, non solo viene toccato il profilo dell’affidamento, della certezza del diritto e del principio di legalità, ma anche il tipo di azione esercitabile dinanzi alla inerzia amministrativa. Fino alla sentenza della Corte le possibili vie esperibili erano sostanzialmente due: quella innanzi al giudice amministrativo avverso il silenzio della pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 117 del c.p.a. (D.Lgs. n. 104/2010), la quale peraltro era stata promossa anche dalla parte ricorrente, come si evince dalla decisione in questione, oppure il giudizio di ottemperanza ai sensi dell’art. 112, del c.p.a. avvalendosi del comma 2, lett. d), il quale prevede che l’azione di ottemperanza può essere proposta per l’attuazione “delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza”¹².

¹¹ Punto 8.8 del Ritenuto in fatto.

¹² Sia consentito il rinvio a A.M. NICO, *Sulla ottemperanza del giudicato costituzionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.rivistaaic.it, 21.02.2014.

La terza via ammessa dalla Corte apre uno scenario alternativo al quale deve riconoscersi il merito di aver contribuito a non lasciare sprovvisto di tutele il complesso terreno dell'ottemperanza amministrativa delle sentenze della Corte costituzionale¹³. Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un ampliamento delle competenze del giudice costituzionale.

Passando al profilo oggettivo, in primo luogo vorrei brevemente soffermarmi sulla ordinanza n. 17 del 2019 la quale sebbene riguardasse un giudizio per conflitto di attribuzioni promosso da un singolo parlamentare al quale la Corte costituzionale ha riconosciuto la qualifica di potere dello Stato, abbia indirettamente toccato il profilo oggettivo¹⁴, cioè il regolamento parlamentare. Com'è noto l'impugnazione in via incidentale di tale fonte incontrerebbe il limite della rilevanza qualora non incida sull'*iter legis*, pertanto la preclusione a tutte le altre ipotesi può essere "aggirata" con altre modalità di accesso (giudizio principale o conflitto di attribuzione)¹⁵. Con la decisione n. 17 la Consulta, al fine di evitare il rischio che un'indiscriminata apertura al ricorso presentato da singoli parlamentari potesse letteralmente sommergere la Corte di conflitti di attribuzione a carattere prettamente politico, ha fissato piuttosto in alto l'asticella, limitatamente ai conflitti sollevati dai parlamentari, quanto alla sussistenza del profilo oggettivo. Con l'ordinanza citata, invero, la Corte ha ribadito che in sede di conflitto di attribuzioni non possono trovare ingresso «le censure che riguardano esclusivamente violazioni o scorrette applicazioni dei regolamenti parlamentari o delle prassi di ciascuna Camera». E, in effetti, si tratta di una limitazione già altre volte riconosciuta, sia in sede di giudizio di legittimità costituzionale delle leggi (sentenza n. 9 del 1959), sia in sede di conflitti di attribuzione tra poteri (sentenza n. 379 del 1996; ordinanza n. 149 del 2016). Limitazioni, quest'ultime, che sembrano pertanto confermare una "storica" «zona franca» derivante dall'insindacabilità dei regolamenti parlamentari¹⁶.

Prescindendo dalla ipotesi da poco considerata, certamente peculiare anche per il rilievo politico del conflitto sollevato, essa non può costituire il solo termometro dei riflessi sull'ammissibilità delle fonti sindacabili dal Giudice delle leggi, ma può certo indicare, indirettamente, le strette connessioni esistenti tra il profilo oggettivo e le decisioni "politiche" della Corte.

Un'altra ipotesi in cui si è verificato un ampliamento della sfera di competenza del Giudice delle leggi è quella concernente le norme penali di favore. In modo particolare con la sentenza n. 394 del 2006, con la quale i giudici costituzionali precisano la propria giurisprudenza sul tema¹⁷ pur

¹³ Cfr. F. DAL CANTO, *Conflitto di attribuzione in ottemperanza al giudicato costituzionale*, in www.forumdeiquadernocostituzionali.it, 17.6.2019.

¹⁴ Sul punto N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, www.federalismi.it, 20.2.2019.

¹⁵ Ampiamente sul tema P. ZICCHITTU, *Le zone franche del potere legislativo*, cit., spec. 114.

¹⁶ Su tali specifici profili, si veda, *ex multis*, F. FABRIZZI, *L'ord. 17/2019 e l'accesso del singolo parlamentare tra profilo soggettivo e profilo oggettivo*, in www.federalismi.it, 3.7.2019, A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo...virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019)*, in www.giurcost.org, 1/2019, 71 ss.; E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in www.forumdeiquadernocostituzionali.it, 21.2.2019; V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in www.federalismi.it, n. 3/2019; A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?* in www.federalismi.it, n. 4/2019; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*; V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 1/2019; A. CARDONE, *Quali spazi aperti lascia il precedente? (Tre battute a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale)*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 1/2019.

¹⁷ Che la precedente giurisprudenza fosse confusa quanto meno in relazione all'esatta individuazione del "concetto" di norma penale di favore sostiene, adducendo esempi, M. D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale italiana e Corti europee*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 180.

non senza sollevare in alcuni commentatori perplessità di vario genere¹⁸, la Corte costituzionale, pur se ribadendo che risulta ad essa impedito sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità, isola però la categoria delle cosiddette norme penali di favore, ovvero di quelle norme che stabiliscono per determinati soggetti o ipotesi un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni vigenti nell'ordinamento. Le questioni relative a queste norme devono ritenersi ammissibili: in questo caso infatti, a giudizio della Consulta, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva in quanto l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali, ma rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. La Corte continua, sì, a ritenersi "incompetente" ad esaminare le seguenti questioni che le venissero sottoposte: innanzitutto essa seguita a considerare escluse dal suo sindacato le scelte legislative alla base delle norme abrogatrici di fattispecie criminose e questo perché l'eventuale decisione di accoglimento ripristinerebbe "la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte"; inoltre sono ritenute escluse dal sindacato quelle previsioni normative che, concorrendo alla definizione di una fattispecie criminosa, ne delimitino l'area di operatività e questo perché qui verrebbe in gioco una precisa scelta criminale oggetto di una altrettanto ben precisa valutazione legislativa cui la Corte non potrebbe sostituire una propria e diversa strategia di penalizzazione. Tuttavia, non c'è dubbio che si assista ad un passo in avanti della giurisprudenza costituzionale verso la eliminazione delle zone franche del sindacato di costituzionalità con riferimento a tutte quelle norme che, mediante la previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite, sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo¹⁹. Nella sua successiva giurisprudenza sul punto la Corte ha potuto poi specificare che esistono pure altre ipotesi in cui può ritenersi ammissibile un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti *in malam partem*. Come si evince dalla recente decisione n. 37 del 2019, tale ammissibilità deve predicarsi in modo particolare nelle seguenti due ipotesi: innanzitutto allorquando ad essere censurato è lo scorretto esercizio del potere legislativo o da parte dei Consigli regionali, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore statale, o ad opera del Governo, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega, oppure anche da parte dello stesso Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti

¹⁸ Cfr. M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 555-556, il quale osserva che, se la Corte "si rifiuta" di sottoporre al proprio sindacato la norma abrogatrice di una norma incriminatrice perché questa operazione "mirerebbe ... a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali", allora "in relazione alla classe di condotte o soggetti sottratti alla norma di favore non è più attuale, a rigore, neppure la scelta legislativa della norma generale: sia nell'uno che nell'altro caso, infatti, il sistema aveva effettuato scelte differenti".

¹⁹ Sul punto cfr. A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, spec. 340 ss., nonché già Id., *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una "differenziazione ingiustificata" da parte della giurisprudenza costituzionale?*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, 143 ss. e, fra gli ultimi, A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Milano, 2017.

dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge; in secondo luogo laddove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali di penalizzazione rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost., ragion per cui è ben possibile la dichiarazione d'incostituzionalità di norma abrogatrice di norma penale qualora quest'ultima sia espressione, appunto, di un obbligo sovranazionale di criminalizzazione.

Una ex zona franca del giudizio incidentale, risolta attraverso una forzatura processuale, ha riguardato la impugnazione della legge elettorale dinanzi alla quale la Corte ha riconosciuto l'esistenza del criterio della rilevanza in un giudizio di accertamento per ammettere la questione di legittimità promossa in via incidentale²⁰. Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017 in materia di leggi elettorali. Vi è da dire tuttavia che ogni questione processuale non deve tenersi isolata dalla questione sostanziale, anzi spesso quest'ultima prevale sulla prima creando la torsione dello schema processuale incidentale. Il caso di specie, infatti, non solo deve essere storicamente e politicamente contestualizzato (affinchè non si dimentichi che la Corte ha una doppia anima), ma si deve considerare anche il ruolo di garante dell'ordinamento costituzionale che la Corte riveste. In tale contesto, la priorità del Giudice delle leggi era quello di coprire una c.d. zona franca della giustizia costituzionale e per far ciò doveva, nel caso della sentenza n. 1/2014, trovare una connessione con il giudizio *a quo* per ammettere la questione di legittimità promossa in via incidentale su una azione di accertamento e nel secondo, nella sentenza n. 35/2017, per consentire il sindacato di legittimità su una legge elettorale non ancora applicata, ma potenzialmente applicabile.

In tal modo una delle zone franche più complesse per il coinvolgimento dei fondamenti dello Stato di diritto costituzionale e della democrazia rappresentativa, ha ottenuto una copertura giurisprudenziale che nel caso di una "legge importante per il funzionamento democratico delle istituzioni" la cui giustiziabilità persegue la finalità di "proteggere fondamentali diritti di partecipazione politica"²¹ risultava priva di una idonea forma di garanzia costituzionale²². Certamente la forzatura processuale, che rimane un dato indiscusso, come tutte le torsioni processuali, può essere foriera di molteplici effetti²³.

La più recente giurisprudenza della Corte che potrebbe condurre ad una ulteriore espansione del sindacato e quindi della sua competenza, sembrerebbe rinvenibile nel superamento del limite delle cosiddette "rime obbligate" di cui il Giudice delle leggi ha recentemente dato prova nella delicatissima materia penale, ma con osservazioni che parrebbero estensibili anche agli altri settori del diritto. Infatti, si legge nella decisione n. 40 del 2019 che di fronte alla violazione di diritti costituzionali non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a "rime obbligate" per ricondurre l'ordinamento al rispetto della

²⁰ Cfr. G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso di giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018, spec. 16 ss.

²¹ Alquanto critico sulle deroghe ai presupposti processuali del giudizio di costituzionalità incidentale, A. MORRONE, *La legge elettorale davanti alla Corte costituzionale: una pomme empoisonnée o una "favola" a lieto fine?*, in *Confronti costituzionali*, 30.10.2013.

²² Secondo G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in www.rivistaaic.it, 21.3.2014, 6, "la decisione segna, verosimilmente, un punto di non ritorno, sciogliendo definitivamente la questione della inammissibile zona franca del sistema di giustizia costituzionale rispetto alla legge elettorale nazionale, e non può che essere salutata con favore nella prospettiva di un irrobustimento del principio di legittimità costituzionale".

²³ Ampiamente critico sugli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014, F. GABRIELE, *Molto rumore per nulla? La "zona franca" elettorale colpita ma non affondata (anzi...)*. *Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in www.consultaonline.org, 19.7.2014.

Costituzione, potendo individuare nell'ordinamento la "soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata" (sent. 40/2019, punto 2.1 cons. dir).

In tal modo, l'"ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risult(erebbe) perciò condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore". E ciò anche al fine di "evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore" (sent. n. 99 del 2019, punto 2.1 cons. diritto).

3. Ulteriori questioni processuali e loro riflessi sostanziali

Sotto ulteriore profilo sembra ormai possa registrarsi una tendenza (in controtendenza rispetto al passato) più penetrante del giudizio della Corte nei confronti dei requisiti di accesso valutabili dal giudice *a quo* che, proprio in seguito a tale più incisiva valutazione, ha reso meno stringente il legame tra il giudizio principale e quello pregiudiziale. La riconsiderazione della rilevanza, cioè dell'elemento che tiene legato il giudizio *a quo* al giudizio *ad quem* e che pone *sub iudice* il giudizio principale fino alla decisione della Corte costituzionale, è stata uno degli aspetti di novità più "rilevante" negli ultimi anni. Infatti, quella stretta connessione tra le due fasi giudiziali per gli effetti che la decisione costituzionale avrebbe avuto nel primo giudizio rendendo sempre più concreto il giudizio costituzionale è andata via via modificandosi. La rilevanza, in un certo senso, vive il suo momento "inglorioso" in quanto la valutazione che di essa viene fatta per la rimessione alla Corte potrebbe rimanere circoscritta nell'ambito del giudizio principale e potrebbe non assumere alcun rilievo nel giudizio concreto che ha causato l'intervento della Corte. In tal modo la concretezza, che finora ha caratterizzato il giudizio incidentale, è andata sfumandosi con la conseguenza che meno stringente si rivela il giudizio sulla rilevanza, maggiori saranno le questioni che potranno giungere al Giudice delle leggi, meno concreto diverrà il giudizio di quest'ultimo e nel complesso la parte dell'accentramento del giudizio incidentale diverrà più preponderante rispetto alla parte della diffusione.

Emblematica rispetto al criterio della rilevanza è, poi, la sentenza n. 10 del 2015 con la quale, com'è noto, la Corte ha disposto solo per il futuro gli effetti della sentenza e non anche per il passato, escludendo dagli esiti della dichiarazione di illegittimità della legge anche il giudizio *a quo*. In tal modo il criterio della rilevanza valutato nel giudizio principale e ritenuto "necessario" per la controversia oggetto del giudizio sospeso in attesa della pronuncia costituzionale non è stato ritenuto condizione indispensabile per la promozione del giudizio costituzionale. Un orientamento confermato anche dalla sentenza n. 119 del 2015 in tema di servizio civile dello straniero, con la quale ribadisce che, sebbene la decisione non sia "influyente nella concreta vicenda processuale[,] è destinata a valere come criterio di decisione di casi futuri" atteso che "la funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione con l'enunciazione del principio di diritto, ai sensi dell'art. 363, terzo comma, cod. proc. civ., costituisce, infatti, espressione di una giurisdizione che è (anche) di diritto

oggettivo, in quanto volta a realizzare l'interesse generale dell'ordinamento all'affermazione del principio di legalità, che è alla base dello Stato di diritto"²⁴.

Le implicazioni su tale aspetto del giudizio incidentale investono il sistema di giustizia costituzionale nel suo complesso²⁵ ed in particolare i rapporti tra giudice comune e Corte costituzionale. Infatti, se il rapporto che si instaura, attraverso la rilevanza, tra il giudizio oggetto dell'incidente di costituzionalità e quello costituzionale²⁶ è poco consistente o esile e la rilevanza è "qualcosa" che riguarda quasi unicamente il giudice *a quo* e non anche il giudice *ad quem* il quale si limita a valutare la mera plausibilità della rilevanza e la sua decisione non ha rilievo nella fase discendente, il rapporto tra i due giudici è di fatto interrotto.

Infatti, dal momento della acclarata plausibilità della rilevanza la "fase costituzionale" del giudizio si scinde da quella innanzi al giudice *a quo* e l'attenzione della Corte finisce con il focalizzarsi unicamente sulla sua funzione di garante della Costituzione. Il vincolo che legava il giudice *a quo* ed il giudice *ad quem*, quindi, è giunto alla sua conclusione e, conseguentemente, la Corte è divenuta pienamente libera nel proprio giudizio, non solo nella valutazione della costituzionalità della legge sottoposta al suo esame, com'è naturale, ma anche con riferimento agli effetti che la sentenza potrà avere sul giudizio *a quo* e in generale nell'ordinamento giuridico.

Fino a questo momento la valutazione della rilevanza da parte della Corte non sembrava si potesse racchiudere nei termini della "mera plausibilità", ma al contrario costituiva, almeno quasi sempre, oggetto di una attenta e scrupolosa analisi, in quanto il suo esito poteva compromettere, ove negativo, l'instaurazione nel merito del giudizio costituzionale. Il giudice *a quo*, dunque, conoscendo le possibili conseguenze di una erronea prospettazione della rilevanza, era in un certo senso "obbligato" a motivare con un certo scrupolo argomentativo la necessaria applicabilità della norma di dubbia legittimità per la risoluzione del giudizio principale. Alla luce della nuova prospettazione offerta dalla Corte in ordine al tipo di valutazione che essa opera sulla rilevanza, potrebbe aversi, anche dal punto di vista del giudice *a quo*, una sottostima del criterio, derivante dalla circostanza che *per* la Corte sarebbe sufficiente la mera plausibilità, con una possibile conseguenza: un minore impegno nel valutare il nesso di pregiudizialità da parte del giudice *a quo* al caso concreto a cui applicare la norma di dubbia legittimità e, conseguentemente, un maggior numero di questioni rimettibili alla Corte dai giudici comuni, quasi a prescindere da tale nesso, e la trasformazione di tale giudizio in un mero passaggio tecnico. Insomma, e in estrema sintesi, non è escluso che nella fase discendente la decisione costituzionale, anche da questo punto di vista generale, non possa non avere delle ripercussioni sulle valutazioni dei giudici *a quibus*²⁷.

Invece tra i due giudizi dovrebbe permarrebbe una stretta connessione rinvenibile nella circostanza che il giudizio principale costituisce l'"occasione necessaria" del processo costituzionale: "il cordone ombelicale che lega i due processi non si rompe mai del tutto, la decisione che la Corte

²⁴ Sulla ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione si rinvia alla nota di M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in www.rivistaaic.it, 6.3.2015.

²⁵ Ampiamente in merito si veda R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

²⁶ In argomento cfr. P. VERONESI, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in www.giurcost.org, 2015.

²⁷ Si veda anche M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2015, 3; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *id.*, 4.

emetterà sul merito della questione” si rivolgerà “anche, ed anzi in primo luogo, al processo principale”²⁸.

E’ pur vero, come sostenuto da autorevole dottrina²⁹, che l’interesse della parte nel giudizio principale rispetto alla pregiudiziale costituzionale ha natura oggettiva, anche se mossa dall’interesse soggettivo, pur tuttavia non può non considerarsi che la esclusione del giudizio *a quo* e dei giudizi sospesi e pendenti in attesa della decisione di costituzionalità dagli effetti della sentenza vanificherebbe la portata dell’art. 136 Cost. e “il modello di controllo adottato in Italia, vale a dire quello “misto”, caratterizzato da un controllo accentrato, ma ad iniziativa diffusa e “concreto”, in conseguenza della necessaria rilevanza della eccezione di costituzionalità”³⁰.

4. Controlimiti e loro rapporto con il carattere accentrato del giudizio costituzionale

Infine, un particolare sguardo deve essere rivolto ai rapporti con il diritto europeo e nello specifico al tema dei controlimiti e delle connessioni sostanziali tra Costituzione e Carta di Nizza (Carta dei diritti dell’Unione europea). Si assiste ad un aumento delle ipotesi di applicazione dei controlimiti e ad un contestuale “accentramento” del giudizio di legittimità costituzionale in cui il giudice delle leggi rivendica a sé (a discapito dei giudici comuni) la competenza³¹. I controlimiti sono divenuti per la Corte costituzionale il mezzo per rientrare a pieno titolo in tale ambito nella funzione ad essa attribuita dalla Costituzione³² «in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale»³³. Si fa riferimento al caso Taricco (n. 115 del 2018) e alle decisioni nn. 269 del 2017, 20, 63 e 117 del 2019.

Il panorama giurisprudenziale sui controlimiti “applicati” può essere utile per fare alcune riflessioni e trarre talune conclusioni in ordine alla garanzia e alla tutela dei diritti fondamentali, al rapporto tra giudici comuni e Corte costituzionale.

Al di là della visione del contesto politico nazionale ed europeo in cui l’applicazione dei controlimiti, in un’ottica meno euroscettica, potrebbe essere letta come una naturale mutazione della struttura ordinamentale dell’Unione Europea che non trascura di considerare che la stessa Europa col tempo ha elaborato e positivizzato nel Trattato di Lisbona rilevanti principi e diritti di tradizione comune agli Stati membri³⁴ in cui la Corte ora più che mai deve svolgere un delicato compito che è

²⁸ Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1976, 259.

²⁹ G. ZAGREBELSKY, M. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 287.

³⁰ In tal senso R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in www.consultaonline.org, 2014, 4.

³¹ Secondo A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in www.consultaonline.it, 2019, 115, “D’ora in poi, infatti, non soltanto è spianata la via alla prospettazione di dubbi di costituzionalità aventi comunque per parametro una norma della Carta suddetta, coincida o no nella sostanza con norma della Costituzione e sia o no self executing, ma anche potrà aversi la denuncia della violazione di norme di diritto derivato comunque espressive – potrebbe dirsi – di una intrinseca carica assiologica, in quanto legate da una “singolare connessione” con la Carta stessa”.

³² Per A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in www.rivistaaic.it, 6.11.2017, 168, attraverso il recupero del tema dei diritti fondamentali «in un circuito di diritto costituzionale (...) si può disinnescare l’arma dei contro-limiti, evitando la tentazione di usarla come mezzo (improprio) per recuperare spazi di identità costituzionale».

³³ Così sent. Corte cost. n. 269/2017, cons. dir., punto 5.2.

³⁴ Secondo A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 168, le Corti nazionali rappresenterebbero “un modo per realizzare una più intensa e diretta collaborazione fra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali dei singoli Paesi chiamate ad essere ancor più protagoniste nella attuazione del diritto eu-

quello di contemperare i valori alla base della integrazione europea con quei principi che si ricollegano all'essenza della basi fondative della Repubblica, è evidente che una diversa prospettiva europea ha dei riflessi anche nel rapporto tra Giudice delle leggi e giudici comuni. Infatti, se l'assunto iniziale risiede nella priorità della garanzia massima dei diritti fondamentali, tale principio non può trovare piena attuazione attraverso un controllo diffuso che vede il giudice comune privo di vincoli del precedente giurisprudenziale e quindi con una piena ed illimitata discrezionalità in un ambito tanto delicato. Una discrezionalità che, come visto con la c.d. regola Taricco, ove applicata, avrebbe comportato la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale se non fossero intervenuti i controlimiti. In sostanza, si assiste oggi ad un nuovo assestamento in tema di tutela dei diritti che va orientandosi verso un controllo accentrato, perlomeno nella misura in cui la Corte costituzionale indica al giudice comune una propria priorità sulla pregiudiziale rispetto alla Corte di Giustizia³⁵. Infatti, come evidenziato dalla dottrina, le ricadute positive sono molteplici: perché la Corte è in grado di offrire al giudice comune regole e "modi di soluzione della problematica posta dall'intrico delle normative sui diritti della persona derivanti da fonti diverse che gravano nello spazio europeo"³⁶; in quanto il controllo accentrato consente di avere decisioni con effetti *erga omnes* che, in suddetta materia, non è di poco conto rispetto a pronunce su casi concreti che danno luogo a disuguaglianze sull'intero territorio nazionale. Ciò nonostante un dato non può essere sottovalutato, come ha sottolineato attenta dottrina, ed in particolare che anche nelle ipotesi considerate di composizione applicativa della Carta di Nizza e della Costituzione, non si dovrebbe far ricorso al dato giurisprudenziale, seppur autorevole, della Corte costituzionale, ma ad una riforma legislativa del giudizio di costituzionalità³⁷. Anche perché non è da escludere il rischio, evidenziato dalla dottrina, che i giudici dinanzi ad un riaccostamento siano spinti a fare sempre più uso dell'interpretazione conforme³⁸.

5. Le trasformazioni dell'incidentalità: gli effetti e le possibili cause

Ma quali sono le conseguenze di questo tendenziale incremento dell'accostamento del controllo di costituzionalità? Prima di rispondere a questa domanda è necessario procedere ad un inquadramento di sistema sulla natura della Corte costituzionale e come questa, intrinsecamente ibrida, sia suscettibile di moti oscillatori determinati da fattori endogeni che influenza in maniera significativa l'accesso e l'incidentalità del giudizio costituzionale. La natura mista, politica e giurisdizio-

ropeo; ancor più chiamate (...) ad essere *giudici europei*, in grado di *affiancarsi* alla Corte di giustizia e a non porsi quali inevitabili *antagoniste* della stessa".

³⁵ In senso favorevole per un ritorno all'accostamento anche R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in www.rivistaaic.it, 2018, 625; R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all' "accostamento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, p. I, c. 2231; B. CARAVITA, *Roma locuta, causa finita? Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 18.7.2018.

³⁶ Così A. ANZON, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in www.forumdeiquadernicostituzionali.it, 28.2.2018, 5.

³⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti*, in www.consultaonline.it, 23.3.2018, 160, "ciò che dovrebbe bastare a tranquillizzare la Consulta, non più disponibile ad assistere inerte alla "erosione" del sindacato accentrato registratasi per effetto del ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni e desiderosa piuttosto di prendere parte alla partita con centralità di posto". Recentemente, sul punto, A. RUGGERI, *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione*, in www.consultaonline.org, 24.9.2019.

³⁸ A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *www.Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2/2019, 59.

nale -e la circostanza che la Corte sia un organo preposto alla garanzia costituzionale- la posizione all'interno di una forbice nella quale si muove il sistema di giustizia costituzionale, i cui estremi sono costituiti dallo svolgimento di un ruolo latamente politico, da un lato, e dall'esercizio della funzione giurisdizionale, dall'altro³⁹. E' del tutto evidente, dunque, che nei sistemi a controllo ibrido, salvo alcune eccezioni, l'operare all'interno di questa parentesi politico-giurisdizionale, rappresenta la fisiologia e non la patologia della funzione di controllo⁴⁰. Quest'ultima, si vuol dire, non potrà che risentire della reciproca influenza dei due estremi della forbice la quale non può che riflettersi naturalmente sulle decisioni della Corte⁴¹. Sul punto può essere utile rammentare che la composizione della Corte, così come prevista dalla Costituzione, comporta per il giudice comune chiamato a svolgere funzioni di garanzia costituzionale (una volta nominato alla Consulta) di preservare la sua natura di giudice e trasfondere nella nuova funzione le proprie competenze tecnico-giuridiche destinate ad equilibrare la componente di nomina politica della Consulta. In merito, si vuol dire, che la componente strettamente giurisdizionale della Corte serve proprio a non consentire alla Corte costituzionale di operare *solo* in senso politico. La funzione giurisdizionale infatti, con le debite differenze, non dovrebbe perdere le caratteristiche originarie che la Costituzione le attribuisce e cioè che deve "amministrare la giustizia in nome del popolo", ai sensi dell'art. 101, comma 1, Cost.⁴². Ne consegue che il giudice costituzionale togato dovrebbe equilibrare proprio quella parte della Corte che, invece, si sente portatrice di istanze sociali. Laddove, però, già *ab origine*, la giurisdizione mostri di per sé una inclinazione alla creatività normativa⁴³, è assai probabile che tale tendenza venga trasferita (magari incrementata) all'interno della Consulta. In tal guisa producendo l'effetto di confondere tra loro le diverse anime e componenti dell'organo di garanzia della legittimità costituzionale.

Diverse possono essere, dunque, le ragioni che spingono la Corte ad allargare o a restringere la incidentalità. Una delle quali potrebbe risiedere nella differente percezione del proprio ruolo che deriva dalla connessione con gli altri protagonisti del processo costituzionale che, come rilevato, non sono solo le parti processuali in senso stretto, bensì anche quelle sostanziali come "la giurisprudenza dei giudici comuni; l'attività del legislatore (attraverso disegni di legge e dibattiti parlamentari); le associazioni di varia natura, che vantano ben precise idee su come dovrebbe essere decisa la questione di legittimità costituzionale; l'opinione pubblica "colta" e la "coscienza sociale" diffusa e i suoi (talvolta pretesi) interpreti" e le Corti sovranazionali⁴⁴.

³⁹ R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del Giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017, part. 213 ss.

⁴⁰ In tal senso A. SPATARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2017, 117 ss.

⁴¹ Per una più approfondita analisi si rinvia a R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, cit., 3011 ss.

⁴² M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3.7.2012, 6, con riguardo alla giurisdizione chiarisce che il riferimento costituzionale di cui all'art. 101, comma 1, "è al popolo, all'insieme dei cittadini, e non alla nazione, nella complessità delle sue determinazioni storico-sociali, ciò significa che "è vietato far prevalere le "correnti profonde" che l'interprete ritenga di percepire nel corpo sociale sulla volontà popolare, perché essa trova manifestazione anche e soprattutto nelle forme rappresentative (nella legge parlamentare)".

⁴³ Di recente, sul "creazionismo giuridico", M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, 2/2019.

⁴⁴ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in www.rivistaaic.it, 21.11.2017, 10.

La questione di fondo è stabilire se la Corte debba essere, oltre che, naturalmente, il giudice di legittimità delle leggi, anche l'interprete dei mutamenti sociali oppure, in altri casi, il recettore delle dinamiche costituzionali e possa farvi fronte con i propri strumenti.

A tal riguardo occorre rilevare, per essere puntuali, che l'evoluzione delle decisioni della Corte in alcune materie ritenute particolarmente sensibili, nell'ultimo trentennio risulta caratterizzata da pronunce che pongono in evidenza "il senso dell'auto-limite, e il rispetto per la discrezionalità e la primazia del legislatore", e da decisioni che, invece, si fanno carico dell'inerzia legislativa. Il tutto tenendo conto della circostanza di non poco conto che, come è stato rilevato, lo stesso non provvedere del legislatore, non appare sempre qualificabile come inerzia: "quel che non si decide in sede parlamentare, non per ciò solo va deciso in altre sedi, perché bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare".⁴⁵

Ed allora, se il diverso decidere nel tempo della Corte può essere influenzato da fattori esogeni, quali ad esempio la giurisprudenza delle Corti sovranazionali, o, anche, da fattori endogeni come l'inerzia legislativa, anche i mutamenti sociali possono costituire fattori determinanti ai fini della decisione. La questione di fondo, a ben vedere, è dunque comprendere se e quando la Corte costituzionale funga da interprete e, in taluni casi, da promotrice di nuove istanze sociali, quando non anche da decisore delle dinamiche istituzionali⁴⁶. In realtà la Corte si fa regolatrice delle dinamiche politico-sociali allorché i protagonisti dell'indirizzo politico, da un lato, e l'ordine giudiziario, dall'altro, appaiono poteri instabili nell'invarianza dei complessivi assetti costituzionali.

Qualora, poi, si dia per presupposto che del suddetto "compito" possa prendersi carico la Corte, diviene dirimente verificare le modalità attraverso le quali essa possa intervenire ed in particolare se il Giudice delle leggi possa far ciò modellando le regole del processo costituzionale⁴⁷ e se le norme e il diritto processuale possano essere piegate dal peso politico di una decisione. Le torsioni processuali che caratterizzano, ad esempio, le sentenze n. 1 del 2014 e n. 10 del 2015 sono il frutto di una decisione sostanzialmente "politica", la prima sul sistema elettorale, la seconda sul bilancio dello Stato.

In ordine al rapporto che la Consulta intrattiene con i giudici comuni, ad esempio, la differente considerazione del criterio della rilevanza da parte della Corte può spostare l'ago della bilancia sull'accentramento o la diffusione del controllo di costituzionalità. Effetti differenti, infatti, si avranno a seconda che essa rimoduli il criterio considerato nella fase ascendente oppure nella fase discendente del giudizio di costituzionalità. Nella prima ipotesi, infatti, una maggiore duttilità nel considerare la connessione tra giudizio principale e incidentale comporterà un maggior accesso alla Corte e, conseguentemente, una oscillazione del controllo di costituzionalità verso la parte accentrata del giudizio⁴⁸. Invece, qualora il giudizio sulla rilevanza diventi particolarmente restrittivo, si as-

⁴⁵ N. ZANON, *Op. cit.*, 10. Sul punto cfr. R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in www.rivistaaic.it, 16.1.2019.

⁴⁶ Una indagine sulle possibili ragioni che inducono la Corte costituzionale a farsi carico delle istanze sociali, N. ZANON, *Op. cit.*, 13 ss.

⁴⁷ Cfr. R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, cit., 3026 ss.

⁴⁸ R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2015, 24, "Appare di tutta evidenza come il consolidarsi di questa giurisprudenza produrrebbe un notevole ampliamento dell'accesso alla giustizia costituzionale, tema che viene a svolgere una rilevante influenza sul modello di giustizia costituzionale, la cui modificazione non pare rientrare nei poteri della Corte costituzionale, neppure in nome della necessità di superare le "zone franche" della giustizia costituzionale. Nella sentenza in esame la legge elettorale impugnata viene esaminata secondo criteri e motivazioni che appaiono più propri di un giudizio in via astratta che non concreto, quale è quello attivato in via incidentale, nella misura in cui esso trova una indefettibile condizione nella rilevanza della eccezione di costituzionalità".

sisterà ad una accentuazione della parte diffusa del controllo di costituzionalità perché i giudici comuni potrebbero fare sempre più ricorso all'uso dell'interpretazione conforme. Anche con riguardo, infine, all'attività di interpretazione conforme a Costituzione i giudici sono più o meno liberi nella misura in cui, però, essi mostrino di essere rispettosi della funzione interpretativa-applicativa della legge. Diversamente qualora essi svolgano funzioni nomopoietiche, ossia di creare diritto nuovo, in tali casi la Corte accentua la sua propensione ad accentrare il controllo di legittimità costituzionale. Potrebbe essere questa anche una delle ragioni alla base del mutamento di giurisprudenza del Giudice delle leggi il quale, a far data dalla decisione n. 221 del 2015, ha sostanzialmente “depotenziato” il necessario esperimento dell'interpretazione conforme ai fini della rimessione, nei termini indicati con la nota sentenza n. 356 del 1996.

Nella seconda, invece, laddove gli effetti della decisione non dovessero incidere sul giudizio *a quo* che lo ha introdotto a seguito di una diversa lettura dell'art. 136 Cost. da parte del Giudice delle leggi, si potrà avere il c.d. *effetto boomerang*⁴⁹ per cui i giudici remittenti potrebbero non tener conto degli effetti limitati della decisione⁵⁰, oppure, ancora, verificarsi “la fuga dei giudici comuni dalla Corte costituzionale” attraverso un uso, “in maniera distorta, del diritto dell'Unione europea” o per il tramite della “disapplicazione del diritto interno a favore delle norme del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo”⁵¹.

Come è stato osservato, tuttavia, mentre il rapporto tra i giudici *a quibus* e la Corte costituzionale è sempre in continuo divenire perché, è utile ripeterlo, il legame tra i due soggetti è indissolubile in virtù della struttura del giudizio incidentale e quindi un assetto per una equilibrata convivenza si rende necessario⁵², più complesso è invece il rapporto tra la Corte e il legislatore il quale trova il suo contatto perché la prima va a toccare il “prodotto” del secondo. Tramontata l'idea originaria secondo la quale la Corte costituzionale potesse soltanto annullare le leggi, la trasformazione del modello decisorio del Giudice delle leggi ancora di più ha finito con incidere oltre che sulla fonte anche proprio sulla funzione, in particolar modo sulla funzione legislativa, soprattutto quando la forma di governo parlamentare, anche a causa della scarsa razionalizzazione, non riesce ad attuare l'indirizzo politico rimanendo imbrigliata nella rete dell'inerzia oppure la legge non è espressione della volontà generale⁵³. E' in tali circostanze che si accentua la tendenza della Corte a decidere anche su questioni che sarebbero riservate alla discrezionalità del legislatore. Il caso Cappato può essere preso a simbolo di quanto finora detto e la ordinanza n. 207/2018 e la successiva decisione n. 242/2019, rendono evidente come la Corte costituzionale sia divenuta il *dominus* dell'intera vicenda politico-sociale⁵⁴.

Infatti, la tecnica decisoria utilizzata nella ordinanza, presenta delle peculiarità non tanto, come sottolineato, dalla circostanza di aver fissato un termine al legislatore, perché tale tipo di pro-

⁴⁹ A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, cit., 53.

⁵⁰ Come ad esempio è avvenuto con la sentenza n. 10/2015 il cui giudice remittente ha disatteso la decisione della Corte nella parte in cui disponeva che non potesse essere applicata al caso che aveva provocato l'incidente di costituzionalità. Sul punto, R.G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?*, in www.dirittifondamentali.it, 5.11.2015.

⁵¹ Così S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della Corte sul giudizio a quo*, in www.gruppodipisa.it, 2/2017, 16.

⁵² A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, cit., 61.

⁵³ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in Romboli R. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2017, 83 ss.

⁵⁴ A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in www.consultaonline.it, 26.10.2018.

nunciamento può essere dettato da “ragioni di opportunità, legate in particolare alla maturazione di processi politici in itinere, la cui definizione sia in grado di riverberarsi in vario modo (o di egualmente essere incisa) sulla (dalla) risoluzione del problema di costituzionalità all’esame della Consulta”⁵⁵, quanto dal fatto che la Corte, con tale tecnica decisoria, “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale” (punto 11 cons. diritto) ha determinato, orientandolo, il successivo margine di azione dei giudici eventualmente chiamati a valutare i presupposti della rimessione con argomentazioni diverse⁵⁶. In tal modo la Corte ha posto, da un lato, un freno alla magistratura (nel senso che nell’arco di tempo considerato quest’ultima non poteva pronunciarsi su casi analoghi), dall’altro, ha indicato al legislatore una via molto stretta con una serie di indicazioni puntuali tese a limitare fortemente la discrezionalità politica del legislatore. Invero, in tale caso al legislatore sembrava riservato il compito di integrare la “decisione-legge” con normativa di dettaglio, quasi si trattasse di un regolamento di attuazione o integrativo di quanto già prestabilito dal Giudice delle leggi. Come può leggersi, poi, nella sentenza n. 242/2019, qualcosa di più può aggiungersi rispetto a quello che l’ordinanza preannunciava. Si fa riferimento non più ai profili processuali, quanto agli aspetti di merito in cui è rinvenibile una particolare attenzione del Giudice costituzionale agli elementi di fatto della vicenda e, dunque, a quella parte del giudizio costituzionale dalla cui concretezza hanno tratto origine le c.d. sentenze “fotografia”⁵⁷. Sotto altro profilo, ciò che viene rimarcato dalla Corte con evidente chiarezza è l’inoperosità del Parlamento, la cui inerzia viene “dipinta” a tinte forti evidenziando non solo il non imminente intervento del Legislatore, ma altresì che quel poco che del procedimento legislativo era stato avviato, “si è arrestato alla fase della trattazione in commissione, senza che sia stato possibile addivenire neppure all’adozione di un testo unificato”. In tal modo quasi a voler giustificare la necessità di dover provvedere con un proprio intervento ermeneutico all’inerzia del legislatore in una materia tanto complessa e delicata per i valori di cui è portatrice⁵⁸ (punto 3 cons. diritto).

Quanto detto si colloca pienamente in un contesto in cui è sotto gli occhi di tutti una instabilità politica, da un lato, e un sistema giurisdizionale in profonda crisi, dall’altro, si pensi ad esempio alle recenti vicende che hanno coinvolto alcuni componenti del C.S.M.

Nel quadro delineato della dinamica dei poteri dello Stato, certamente non dei migliori, la Corte costituzionale è diventato un contrappeso necessario di garanzia costituzionale (funzione, peraltro, attribuitale dalla stessa Costituzione). Ed è forse per la consapevolezza di ciò che negli ultimi decenni la Corte costituzionale è scesa dall’empireo ed ha iniziato il suo “viaggio” terreno. I comportamenti del Giudice delle leggi, infatti, sono anch’essi espressione di una realtà in evoluzione e pertanto, al di là della funzione strettamente giurisdizionale della Corte, anch’essi devono essere presi in considerazione per un’analisi più attenta. Si allude, in particolare, alle iniziative di carattere

⁵⁵ Così, P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in www.consultaonline.org, 30.7.2019,361

⁵⁶ P. CARNEVALE, *Op. cit.*, 369.

⁵⁷ In tal senso, P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, cit., 375. “Si tratta, invero, di un atteggiamento del giudice costituzionale che si colloca nel solco di una tendenza ad assumere decisioni sempre più sagomate sulle vicende dei giudizi *a quibus*. Sentenze fotografia, verrebbe da dire, in cui la Corte si fa giudice, più di fatti che di atti (disposizioni-norme), più di casi che di questioni, secondando il trend all’assimilazione/ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale nel senso – in questo caso – dell’avvicinamento alle logiche del Judicial review e della giurisdizione costituzionale di diritto soggettivo”

⁵⁸ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 24.11.2019.

sociale quali sono, ad esempio, gli incontri nelle scuole e nelle carceri, luoghi, questi ultimi che rappresentano formazioni sociali sensibili.

La finalità certamente nobile di rendere noti i contenuti e i valori della Carta costituzionale è lodevole, quella di rendere palpabile ai cittadini e ai non cittadini le funzioni di un organo di garanzia della Costituzione è senz'altro meritevole e deve essere incrementato nelle forme più opportune⁵⁹. Tuttavia, la Corte rimane un “giudice” di garanzia della legalità costituzionale che decide con atti giurisdizionali, seppur *erga omnes*. Non ha funzioni strettamente politiche le quali sono, invece, riservate ad altri organi costituzionali⁶⁰. Ciò che non dovrebbe essere per la Corte è che, non legittimata a svolgere funzioni di indirizzo politico formalmente intese, il Giudice delle leggi vada a ricercare una qualche forma di consenso nella comunità⁶¹. In altri termini, si deve evitare che essa persegua l'obiettivo di trovare nell'opinione pubblica una sorta di legittimazione, ad essa ontologicamente assente, attraverso forme di connessione con il corpo sociale che altrimenti non avrebbe se non nel limitato contesto del giudizio incidentale e per il tramite dei giudici *a quibus*.

⁵⁹ Cfr. la Relazione del Presidente Lattanzi sulla Giurisprudenza costituzionale del 2018 in cui si ricorda come la Corte stia “gradualmente rafforzando la sua comunicazione esterna, anche accompagnando più spesso le sue decisioni con comunicati che possano renderle più facilmente comprensibili da tutti”.

⁶⁰ Su tali aspetti ampiamente R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2017, 24 ss.

⁶¹ Sul punto ampiamente A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, in *Quad. cost.*, 2.6.2019, part. 269 ss.