

Incidentalità e ruolo dei giudici *a quibus*

Traccia di intervento

Michela Troisi

Sommario: 1. Una premessa; 2. La legittimazione dell'autorità rimettente: dato normativo ed evoluzione della giurisprudenza costituzionale; 3. Alcuni recenti casi emblematici: porte che si chiudono, porte che si aprono; 4. Spunti conclusivi.

1. Una premessa

Se, come si ritiene, «i metodi di instaurazione del giudizio sulle leggi non sono una variabile indipendente, ma contribuiscono decisamente a configurare l'essenza del giudizio stesso»¹, la questione del modo di introdurre il giudizio davanti al Giudice costituzionale ha una importanza fondamentale: la «misura in cui il tribunale costituzionale potrà adempiere il proprio compito di garante della Costituzione dipende principalmente dalla sua soluzione»².

Non pare, quindi, potersi ascrivere alla materia della mera «procedura»³ la definizione della disciplina attinente ai *modi* e ai *termini* relativi ai giudizi sull'incostituzionalità delle leggi, ma alla natura stessa del modello di giustizia costituzionale considerato⁴.

Come noto, nella prospettiva dell'andamento italiano, è la via incidentale a costituire la forma di accesso preferenziale al giudizio costituzionale, ragione per la quale la natura mista del modello deriva, evidentemente, dalla presenza di un controllo di costituzionalità accentrato, esercitato in via esclusiva da un organo *ad hoc*, e di un preliminare giudizio affidato ai giudici comuni⁵.

È la Corte costituzionale, con il suo vaglio di ammissibilità, ad accertare la sussistenza del requisito soggettivo (il tipo di organo) e oggettivo (il tipo di funzione esercitata) per sollevare la questione di costituzionalità. Il dominio sull'accesso si rivela, quindi, indicatore di un sistema «forte» di giustizia

¹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1970, 170.

² H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 194.

³ È l'on. Arata, nella seduta del 29 novembre 1947 dell'Assemblea costituente, a ritenere «conveniente non addentrarci ora in problemi di carattere esclusivamente procedurale, ma lasciare questa parte alla legge, la quale stabilirà come potranno sorgere e come dovranno essere avviate le questioni di incostituzionalità, stabilendo chi sarà legittimato a proporle ed in quali termini potranno essere svolte». Per una ricostruzione del dibattito in assemblea costituente sul tema, solo tra i lavori monografici più recenti, cfr. C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, 387-404; G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016, 86-102; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, 153-192; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018, 27-40.

⁴ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 223, nella parte in cui evidenzia il «problema - realmente cruciale! - dell'accesso al giudizio costituzionale». Sul tema, diffusamente, si v. P. CAROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 679 ss; nonché A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*. *Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012, 15-21.

⁵ A. M. NICO, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007, 69 e ss., la quale evidenzia il ruolo dei giudici *a quibus* quale elemento di diffusione, potenzialmente espansivo, originariamente insito nel modello di giustizia costituzionale italiano; in senso analogo, già A. GARDINO CARLI, *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli «elementi diffusi» del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988.

costituzionale⁶, in cui la Corte, con ancora maggiore intensità nella più recente fase della evoluzione giurisprudenziale, modula in via interpretativa la presenza dei requisiti per l'accesso. L'obiettivo è quello di «consentire il più ampio accesso possibile alla giustizia costituzionale ed escludere l'esistenza di “zone franche” dal controllo di costituzionalità»⁷.

2. La sussistenza della legittimazione da parte dell'autorità rimettente: tra dato normativo ed evoluzione della nozione nella giurisprudenza costituzionale

L'articolo 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 prevede che la questione di legittimità costituzionale sia sollevata nel corso di un giudizio e da un giudice. L'articolo 23 della legge n. 87 del 1953 precisa che nel corso di un giudizio, dinanzi ad un'autorità giurisdizionale, si possa sollevare la questione di legittimità costituzionale⁸.

L'assenza di ulteriori precisazioni di diritto positivo ha fatto sì che la Corte interpretasse in maniera eclettica, e non sempre coerente, le nozioni di “giudice *a quo*” e di “giudizio”⁹.

In una prima fase, si è ritenuta sufficiente la sussistenza di uno solo tra requisito soggettivo e oggettivo, in base ad un approccio di tipo sostanzialista, ispirato alla necessità di garantire l'effettività del sindacato di legittimità costituzionale. Con la decisione n. 129 del 1957, giudicando ammissibile una questione di costituzionalità sorta nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione, la Corte ha affermato che «se è vero che il nostro ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale alla esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi»¹⁰. La Corte, infatti, ha poco dopo esplicitato che non fosse necessaria la ricorrenza di entrambi i requisiti per la realizzazione del presupposto processuale richiesto dalla disciplina normativa¹¹, pur privilegiando, almeno in un certo periodo, la sussistenza del requisito soggettivo¹².

In una seconda fase, l'approccio della Corte si è rivelato più rigoroso. In particolare, è stata negata la legittimazione a sollevare incidente di costituzionalità, qualora la questione venisse sollevata da magistrati, ma nell'ambito di procedimenti non aventi natura giurisdizionale, in quanto «l'intervento

⁶ S. STAIANO, *Intervento*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 654.

⁷ Così in Corte costituzionale, sent. n. 13 del 2019, punto 3.1 del considerato in diritto.

⁸ Nell'articolo 1 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale si parla di “causa”.

⁹ Sull'evoluzione della giurisprudenza, almeno C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo tra indici di esercizio della giurisdizione e domande di giustizia costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 838-854; nonché, M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudici sulle leggi*, Torino, 2007, 13-19.

¹⁰ Corte costituzionale, sent. n. 129 del 1957, punto 1 del considerato in diritto.

¹¹ Così in Corte costituzionale, sent. n. 83 del 1966, punto del considerato in diritto. La questione di legittimità costituzionale era nata nell'ambito di un procedimento di esecuzione immobiliare.

¹² R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, 1996, 67.

di un magistrato non può da solo essere ritenuto idoneo ad alterare la struttura di un procedimento meramente amministrativo»¹³.

L'evoluzione della giurisprudenza in materia è stata ripercorsa nella decisione n. 164 del 2008, in cui la Corte, richiamando l'ordinanza n. 6 dello stesso anno, ha evidenziato che non è sufficiente il solo requisito soggettivo e che, «affinché la questione possa ritenersi sollevata nel corso di un “giudizio”, l'applicazione della legge da parte del giudice deve essere caratterizzata da entrambi gli attributi dell'obiettività e “della definitività, nel senso dell'idoneità (del provvedimento reso) a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato”, poiché è in questo caso che il mancato riconoscimento della legittimazione comporterebbe la sottrazione delle norme al controllo di costituzionalità»¹⁴. Tra gli elementi da cui non si può prescindere per poter parlare di “giudizio”, quindi, la Corte non manca di evidenziare il carattere della “definitività” della decisione, senza il quale verrebbe meno la *ratio* sottesa al riconoscimento della legittimazione a sollevare la questione di legittimità, potendo il principio di costituzionalità trovare applicazione nel giudizio successivo¹⁵.

3. Alcuni recenti casi emblematici: porte che si chiudono, porte che si aprono

In tale quadro, l'esigenza di evitare la semplice alternatività della sussistenza dei due requisiti, da un lato, e di impedire la permanenza di zone sottratte allo scrutinio di legittimità, dall'altro, ha costituito la spinta necessaria affinché la Corte costituzionale elaborasse la controversa teoria dei “limitati fini”, così da ritenere legittimati a sollevare la questione di costituzionalità anche autorità rimettenti estranee all'ordine giudiziario, senza incorre nel divieto di istituire giudici speciali o straordinari di cui all'articolo 102 della Costituzione. Per la prima volta, con la decisione n. 12 del 1971, la Corte ha aperto le porte del giudizio alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, qualificandola giudice *a quo* «ai limitati fini che interessano per la risoluzione della eccezione preliminare relativa all'ammissibilità della questione»¹⁶. E, soprattutto, con la storica sentenza¹⁷ n. 226 del 1976, ha ritenuto ammissibile la questione sollevata dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo, fornendo una sorta di decalogo dei presupposti per il riconoscimento della legittimazione in ipotesi dubbie. *Ai limitati fini* del giudizio costituzionale, la Corte fa riferimento ad un'attività «analoga» alla giurisdizione, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, aggiungendo che «d'altronde, sul piano sostanziale, il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in

¹³ Così in Corte costituzionale, sent. n. 96 del 1976. Di tenore analogo, cfr. Corte costituzionale, sentt. nn. 335/1995, 86/2002 e ordd. nn. 437/2000 e 170/2005.

¹⁴ Corte costituzionale, sent. n. 164 del 2008, punto 2.1 del Considerato in diritto.

¹⁵ P. BIANCHI, E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 21 ss. Sul punto, si v. Corte costituzionale, sent. n. 387 del 1996. Si evidenzia che, tuttavia, in altri casi, il Giudice costituzionale privilegia i modi di svolgimento della funzione giurisdizionale diversi dalla definitività della decisione, come l'indipendenza, la sussistenza del contraddittorio e l'applicazione obiettiva di norme giuridiche.

¹⁶ Corte costituzionale, sent. 12 del 1971.

¹⁷ A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale*, cit., 52 ss.

esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte»¹⁸. Si tratterebbe, come evidenziato¹⁹, dell'esplicitazione di «un'esigenza di presidio sostanziale del principio di legittimità costituzionale», che, d'altronde, viene ripresa, *a contrario*, per negare la legittimazione del Consiglio di Stato in sede consultiva nel procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato²⁰. Stessa esigenza, d'altronde, si può ritenere anche alla base della decisione che aveva allargato la legittimazione agli arbitri rituali²¹, nella prospettiva di una valorizzazione dell'interesse generale all'eliminazione delle leggi illegittime²².

Potrebbe ritenersi, quindi, che la Corte costituzionale utilizzi finalisticamente, almeno in alcuni dei casi proposti, il governo dell'accesso, prima decidendo la necessità di esaminare una determinata questione e poi scegliendo la via argomentativa per giustificare la legittimazione degli organi che la sollevano²³.

Di recente, con la decisione n. 13 del 2019, la Corte costituzionale nega l'ammissibilità di una questione di legittimità sollevata dall'AGCM, che pur nell'ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 aveva cercato di fondare la sua legittimazione sulla base della posizione di imparzialità e di indipendenza (negata poi dalla Corte), dell'esclusione di qualsiasi apprezzamento discrezionale nell'espletamento della propria attività e della presenza delle garanzie del contraddittorio. Tuttavia, è l'argomento del "giudice *a quo* a limitati fini" a sembrare dirimente nella prospettazione dell'ordinanza di remissione. Ed è proprio su questo argomento che la Corte suffraga l'inammissibilità della propria decisione, ricordando che «esiste una sede giurisdizionale *agevolmente* accessibile in cui può essere promossa la questione di legittimità»²⁴. E, se la sede giurisdizionale non fosse stata "agevolmente" accessibile?

Poco dopo, con la decisione n. 18 del 2019, la Corte, per la prima volta, riconosce la legittimazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale da parte di un'ade Sezione regionale di controllo della Corte dei conti (nella specie quella della Regione Campania) avente ad oggetto una disposizione della legge di bilancio per il 2017. Invero, il Giudice delle Leggi, dopo aver argomentato in ordine alla sussistenza del presupposto della legittimazione oggettiva della Corte dei conti anche in sede di controllo (che pur, come già era stato evidenziato, sembra poggiare su «fragili basi teoriche»²⁵), si

¹⁸ Corte costituzionale, sent. n. 226 del 1976.

¹⁹ 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 *federalismi.it*, n. 18/2018.

²⁰ Corte costituzionale, sent. n. 254 del 2004.

²¹ Corte costituzionale, sent. n. 376 del 2001.

²² Sul punto, cfr. R. PINARDI, *Quando l'arbitro diventa portiere (della Corte): notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 3747-3756. Nel caso degli arbitri rituali, tuttavia, è doveroso evidenziare la mancanza della definitività del provvedimento adottato, stante l'impugnabilità del lodo arbitrale dinanzi alla Corte d'Appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato.

²³ Sull'uso della motivazione nelle decisioni della Corte costituzionale, cfr., almeno, A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

²⁴ Corte costituzionale, sent. n. 13 del 2019, punto 7 del considerato in diritto (corsivo mio).

²⁵ G. RIVOCCHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2017, 382 ss.; sul punto, cfr., anche, R. SCALIA, *La funzione di controllo della Corte dei conti. La giustiziabilità delle decisioni assunte dalla Sezione regionale nell'area della legittimità-regolarità della gestione finanziario-contabile*, in *federalismi.it*, n. 13/2017.

sofferma sulla «specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica»²⁶, evidenziando la necessità di ammettere al sindacato costituzionale «leggi che, come nella fattispecie in esame, più *difficilmente* verrebbero per altra via, ad essa sottoposte»²⁷. La Corte, quindi, non manca di evidenziare che, proprio in relazione all’osservanza di norme poste a tutela della sana gestione finanziaria e degli equilibri di bilancio²⁸, sono gli stessi meccanismi di accesso a dover essere «arricchiti». Un arricchimento che, anche in questo caso, viene assegnato alla «formazione giurisprudenziale, attraverso la dilatazione, fino alla nebulosità, della categoria dell’atto giurisdizionale»²⁹. Lo scopo primario della Corte, infatti, pare essere quello di non rendere «sfuggente»³⁰ il parametro dell’articolo 81, anche in considerazione del fatto che proprio la Corte abbia qualificato il bilancio quale «bene pubblico» (sent. n. 184 del 2016).

Deve rammentarsi, infatti, che, se non fosse riconosciuta la qualifica di “giudice *a quo*” alla Sezione regionale di controllo, la stessa dovrebbe limitarsi ad approvare o meno il piano presentato dell’ente, senza la possibilità di dubitare della legittimità della legge su cui il piano si fonda. Solo le Sezioni riunite in speciale composizione, nella forma di un giudizio che (si evidenzia) risulta a istanza di parte³¹, potrebbero sollevare la suddetta questione di legittimità. Ad *una ratio* invero analoga, d’altronde, sembrano rispondere gli orientamenti espressi della Corte in due recenti pronunce (sentt. nn. 196 del 2018³² e 146 del 2019), in cui, in sede di giudizio di parificazione, ammette che la Corte dei conti possa sollevare questioni di legittimità riguardanti leggi regionali che importino spese a carico del bilancio dell’ente, anche per qualsiasi vizio di competenza, nella prospettiva della tutela degli equilibri economico-finanziari. In questo caso, evidentemente, non si tratta di una vera e propria “zona franca” del modello di giustizia, ma il Giudice costituzionale avverte egualmente la necessità di offrire una nuova opportunità di accesso, per far in modo che le leggi di spesa, tradizionalmente sindacabili con difficoltà in via incidentale (anche per la carenza di interesse a promuovere il giudizio principale a partire dal quale potrebbe essere sollevata l’eccezione di incostituzionalità), siano sindacabili. L’argomento sostanzialista nelle scelte in ambito processualistico, infatti, sembra trasparire in particolare allorché è la Corte stessa a ricordare che «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, nel particolare caso di cui qui si discute»³³.

²⁶ Corte costituzionale, sent. n. 18 del 2019, punto 3 del Considerato in diritto.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Su tali profili, cfr. G. BOGGERO, *La Corte costituzionale mette un freno al deficit spending degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future*, in *diritticomparati.it*, n., 2019

²⁹ S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, cit., 6.

³⁰ 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”*, cit., 7.

³¹ Così come risulta dal nuovo codice di giustizia contabile (adottato ai sensi dell’articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124), ai sensi dell’articolo 11, comma 6, lett. A).

³² Su cui si v. R BIN, *Zone d’ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico (note brevissime a Corte cost. 196/2018)*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, 15-18.

³³ Corte costituzionale, sent. n. 196 del 2018, punto 2.1.2 del Considerato in diritto.

Con la consapevolezza, tuttavia, che dalle nozioni di “zona franca” e di “zona d’ombra” andrebbero comunque espunte le scelte in ordine ad una «legittima limitazione»³⁴ degli spazi della giurisdizione costituzionale.

4. Spunti conclusivi

Le tendenze in ordine alla sussistenza dei presupposti processuali per adire la Corte fanno sì che nella fase più recente permanga una certa incertezza circa gli esiti del vaglio di ammissibilità. La sensazione è che il Giudice delle leggi interpreti i requisiti sull’accesso in maniera casistica, sulla base delle scelte “politiche” che lo stesso intende porre in essere, ponendo in primo piano l’esigenza, spesso celata in motivazione, di selezionare le questioni ritenute più importanti di altre. A tal proposito, tuttavia, occorre evidenziare che ciò che appare mancante sia proprio l’assenza di una coerente “politica dell’accesso”, che, pur con le perplessità avanzate, appariva riscontrabile in altre fasi dell’attività della Corte, allargando il sindacato in un primo momento, rendendo più rigoroso il controllo sui presupposti in un secondo momento.

L’assenza di «standards di comportamenti»³⁵ che offrano prospettive di certezza, infatti, si rivela un elemento di debolezza per la stessa legittimazione della Corte nel quadro dei poteri costituzionali, pur quando si voglia ritenere che le categorie processuali di cui si discute siano dotate di una inevitabile flessibilità, stante la natura tradizionalmente “*sui generis*” del processo costituzionale³⁶.

Pur volendo registrare una «complessiva riconversione delle categorie processuali dell’incidentalità in una direzione che mira, prima di ogni altra cosa, a porre l’intero giudizio al servizio della tutela dei diritti fondamentali»³⁷, non può non richiedersi coerenza nell’uso di questa discrezionalità³⁸, anche a partire dall’utilizzo di motivazioni più chiare e trasparenti in ordine alla “politica dell’accesso” perseguita.

³⁴ Su questa nozione di zona franca, cfr., da ultimo, S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, in *federalismi*, n. 13/2019. Sulla distinzione tra zona franca e zona d’ombra, si v., di recente, P. ZICCHITTU, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino, 2017, 5 ss.

³⁵ L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 98.

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale processuale?*, in Aa. Vv., *Giudizio “a quo”*, cit., 137. In senso analogo, seppur in ambito diverso, si v. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, Milano, 1989, 46.

³⁷ Così in G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, cit., 32 ss.

³⁸ R. ROMBOLI, *La mancanza o l’insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudici*, in A. RUGGERI, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 339 ss.