

Quaderni del Gruppo di Pisa

CONVEGNI

Il sistema “accentrato” di costituzionalità

Atti del Seminario Annuale dell’Associazione
“Gruppo di Pisa”

Pisa, 25 ottobre 2019

a cura di

Giuseppe Campanelli, Gianluca Famiglietti, Roberto Romboli

EDITORIALE SCIENTIFICA

La realizzazione del presente Volume si è avvalsa
di un contributo dell'Università di Pisa

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

ISBN 978-88-9391-792-6

a Paolo e Jörg

SOMMARIO

PRESENTAZIONE	9
RELAZIONE INTRODUTTIVA IL SISTEMA “ACCENTRATO” DI COSTITUZIONALITÀ <i>Roberto Romboli</i>	13
L’ACCESSO E L’INCIDENTALITÀ <i>Anna Maria Nico</i>	29
L’INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE TORNA A CASA? <i>Marco Ruotolo</i>	51
INCIDENTALITÀ E GIUDICI A QUIBUS <i>Michela Troisi</i>	67
NOTE MINIME SU INTERPRETAZIONE E GIUDIZIO ACCENTRATO DI COSTITUZIONALITÀ <i>Antonio Ignazio Arena</i>	93
IL GIUDIZIO D’INCOSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI IN CASO DI DOPPIO PARAMETRO (INTERNO ED EUROPEO): IL CONFLITTO SULLE REGOLE D’INGAGGIO <i>Ilenia Massa Pinto</i>	109
LA CEDU COME PARAMETRO, TRA CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICI COMUNI <i>Elena Malfatti</i>	135
PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ VISTE ALLA LUCE DEI RAPPORTI TRA ORDINAMENTI <i>Marsid Laze</i>	185
I RICORSI ‘IN VIA DIRETTA’ ALLA CORTE EDU RIGUARDANTI UNA LEGGE O UN’OMISSIONE LEGISLATIVA: UNA POTENZIALE ALTERNATIVA AL GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALE? <i>Cecilia Siccardi</i>	213
LA CONSULTA E IL TIRO ALLA FUNE CON GLI ALTRI GIUDICI <i>Antonio Ruggeri</i>	241

PRESENTAZIONE

Che una delle due principali iniziative annuali del Gruppo di Pisa si tenesse proprio nella sede universitaria della città natale dell'Associazione nel suo trentennale (1990-2019) non è stato certo un frutto del caso.

Chi – “pisano” – nel corso dell'*Assemblea* durante il Convegno di Catanzaro nel giugno 2018 propose di dedicare la riflessione per il Seminario dell'anno successivo al passaggio dalla diffusione alla centralizzazione della giustizia costituzionale, indicando il nostro Ateneo come sede ospitante, aveva di certo in mente anche la simbolica celebrazione di quella ricorrenza.

Quella proposta venne accolta e nei mesi successivi ha curato l'organizzazione scientifica del Seminario il Direttivo guidato da Paolo Carnevale, per poi affidarne gli ultimi aspetti al nuovo Direttivo presieduto da Marilisa D'Amico.

Si è voluto, come emerge dai profili trattati, riflettere e “fare il punto”, a distanza di anni, sull'evoluzione della giustizia costituzionale e su alcune sue parole-chiave, riconducibili alle nozioni di giudizio e dunque di accesso, di giudice e dunque di interpretazione e di parametro, con una rinnovata attenzione anche ai rapporti con le dimensioni sovranazionali, alla luce delle più recenti novità giurisprudenziali.

Confidiamo che le diverse prospettive emerse consentano di alimentare il dibattito verso il punto centrale intorno al quale era stato immaginato il Seminario, ovvero quello di comprendere le dimensioni e la portata della tendenza all'“accentramento” esercitata dalla Corte costituzionale, in particolare con riferimento alle relazioni con l'autorità giudiziaria.

Per la comunità dei costituzionalisti – e per il Gruppo di Pisa in particolare – gli ultimi mesi sono stati estremamente dolorosi, a causa della scomparsa di Paolo Carrozza prima e di Jörg Luther poi; in pochi mesi ci hanno lasciato due cari amici che a Pisa hanno insegnato per diverso tempo, due giuristi dalla preparazione culturale profonda, accomunati dalla costante attenzione verso la crescita dei giovani studiosi, interpretando così al meglio lo spirito della nostra Associazione.

A Paolo e a Jörg va anche così il nostro più affettuoso e profondo ricordo.

I curatori

RELAZIONE INTRODUTTIVA

IL SISTEMA “ACCENTRATO” DI COSTITUZIONALITÀ

di Roberto Romboli

SOMMARIO: 1. Dal giudizio sulle leggi e la sua “diffusione” (Pisa 2001) al sistema “accentrato” di costituzionalità (Pisa 2019): il significato dei termini virgolettati. – 2. La interpretazione costituzionalmente conforme. Il monopolio della Corte costituzionale, la “nuova” giurisprudenza costituzionale e la “nuovissima” giurisprudenza: momenti di diffusione e momenti di accentramento. – 3. La doppia pregiudizialità dopo la sent. 269/2017: un momento di accentramento? – 4. La disciplina dell’accesso al Giudice costituzionale: la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ed il riconoscimento di potere decisorio al giudice “a quo”, quali momenti di diffusione o di accentramento. – 5. Il parametro Cedu dopo le sentenze “gemelle”, l’interpretazione convenzionalmente conforme e l’efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e delle decisioni della stessa: momenti di diffusione e momenti di accentramento.

1. Dal giudizio sulle leggi e la sua “diffusione” (Pisa 2001) al sistema “accentrato” di costituzionalità (Pisa 2019): il significato dei termini virgolettati.

Nel convegno annuale del Gruppo di Pisa che si tenne quasi venti anni fa proprio qui a Pisa, nel titolo figurava una parola virgolettata (“diffusione”). Il titolo completo dell’incontro era infatti “Il giudizio sulle leggi e la sua ‘diffusione’. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?”.

Anche nel titolo del seminario odierno troviamo una parola virgolettata (“accentrato”) riferita a “Il sistema ‘accentrato’ di costituzionalità”.

Due parole quindi, spesso contrapposte, le quali richiamano la classificazione dei modelli di giustizia costituzionale ed in particolare i due tipi più noti, quelli “puri”, per questo definiti altresì “prototipi”.

Così come accadde in occasione del precedente convegno appena ricordato, credo sia opportuno ed utile procedere ad una seppur minima specificazione del significato che si vuole attribuire ai suddetti termini.

In particolare, con riguardo al termine “accentrato”, è possibile farvi ricorso almeno in due differenti significati: il primo, più generico, nel senso di accentramento-aumento di poteri in capo alla Corte costituzionale nell’esercizio delle proprie funzioni, con conseguente ampliamento della sua incidenza nel sistema. Ciò a seguito principalmente di mutamenti giurisprudenziali, ma anche di altri elementi, in base ai quali la Corte viene ad assumere o riassumere poteri che in precedenza aveva lasciato che altri li esercitassero o più semplicemente come risultato di una autolimitazione del proprio potere di intervento.

In questo senso il riferimento va ovviamente alle relazioni del Giudice costituzionale con l'autorità giudiziaria, da un lato e con il legislatore, dall'altro, ma pure, entro aspetti assai più ridotti, con le Corti sovranazionali.

Un secondo significato è invece quello di carattere maggiormente tecnico che fa riferimento alla ricordata distinzione tra sistemi accentrati e sistemi diffusi, la quale si fonda, come noto, sul fatto che nei secondi il controllo di costituzionalità delle leggi è esercitato da una pluralità di giudici comuni i quali, al fine di risolvere il caso ad essi sottoposto, sono chiamati prioritariamente a valutare la conformità della legge da applicare alla Costituzione e, in caso contrario, a disapplicare la legge, mentre nei primi tale competenza spetta ad un giudice "speciale", unico per l'intero territorio nazionale, il quale si pronuncia sulla questione di costituzionalità delle leggi e può dichiararne la illegittimità con efficacia *erga omnes*.

La particolarità di questi secondi sistemi è quella di dover indicare le vie di accesso al Giudice costituzionale, che possono quindi coinvolgere l'autorità giudiziaria ed un concreto giudizio o possono al contrario prescindere anche totalmente.

Accanto ai sistemi "puri" viene unanimemente inserito un terzo modello, definito "misto" (o anche "europeo") in quanto risultato di una contaminazione tra i primi due, derivante dall'inserimento del controllo attraverso la via incidentale, un controllo "accentrato, ma ad iniziativa diffusa".

Questo terzo modello in realtà appare come una specificazione di quello accentrato, dal momento che non si può dubitare che la decisione sulla costituzionalità della legge spetti solamente al giudice "speciale", mentre le funzioni dell'autorità giudiziaria si esauriscono, in linea di massima, nel potere-dovere di sollevare la questione di costituzionalità.

Indubbio che, nelle varie esperienze, il ruolo e il peso specifico esercitato dal giudice sarà diverso a seconda che le vie di accesso siano molte oppure si riducano (come nel caso italiano) quasi esclusivamente a quella incidentale, anche se ciò però non sposta i termini del problema, ossia la natura accentrata e non diffusa del modello.

Opportuna, in occasione del Convegno del 2001 prima ricordato, la ulteriore precisazione fatta da Pizzorusso nella sua relazione conclusiva, nella quale mise in guardia dal non confondere la contrapposizione tra sistemi accentrati e sistemi diffusi con quella tra modelli di controllo astratto o modelli di controllo concreto.

Il mio Maestro ebbe infatti ad avvertire come il controllo è "concreto" allorchè viene esercitato in funzione dell'applicazione della disposizione rispetto ad una fattispecie determinata, sia che questo sia esercitato dal giudice comune o da quello speciale. Nel primo caso abbiamo l'ipotesi di un controllo diffuso e concreto, mentre nel secondo il controllo è accentrato, ma non necessariamente astratto.

Il riferimento alla contrapposizione “accentrato-diffuso” nel primo dei due significati sopra indicati, avrebbe dovuto inevitabilmente coinvolgere, nel momento attuale della giustizia costituzionale, le relazioni tra Corte costituzionale e legislatore.

Si pensi, solo per fare due esempi tra più recenti e conosciuti, alla soluzione, in due tappe, del caso Cappato, che hanno visto la nostra Corte creare un nuovo tipo di decisione e soprattutto, sulla base del mancato ascolto delle indicazioni ad esso rivolte con la prima pronuncia, sostituirsi al legislatore nel dettare nei particolari la nuova disciplina dell’aiuto al suicidio. Questo dopo aver espressamente ritenuto, nell’ambito dello stesso giudizio, di non poterlo fare, a fronte di scelte discrezionali riservate al potere legislativo.

Il secondo esempio, sempre nella stessa lunghezza di onda, è quello della “nuova” giurisprudenza che, a partire dal 2018, ha superato la storica barriera delle crisafulliane “rime obbligate”.

Il fatto che dei rapporti del Giudice costituzionale con il potere legislativo l’odierno seminario non se ne occupi e che i temi invece scelti per le quattro relazioni siano incentrati sui contatti della Corte con l’autorità giudiziaria mi pare dimostrino che si è inteso la parola “accentrato” nel secondo dei significati prima indicati.

Nel convegno del 2001 le relazioni assegnate miravano ad individuare “momenti di diffusione” in un sistema ovviamente accentrato, nel senso di attribuzioni riconosciute all’autorità giudiziaria, attraverso le quali la stessa non si limitava alla iniziativa, ma decideva essa stessa sul problema di costituzionalità (ad esempio la dichiarazione di manifesta infondatezza, l’applicazione diretta della Costituzione).

Nel seminario odierno certamente non possiamo parlare, in senso speculare, di “momenti di accentramento”, trattandosi appunto di un sistema accentrato, per cui credo di poter intendere le finalità dell’incontro nel senso di individuare nella giurisprudenza costituzionale mutamenti che vadano in senso opposto a quello che aveva valorizzato i “momenti di diffusione”.

Al proposito emblematico, e chiarificatore del senso appena indicato, il fatto che sia nel convegno del 2001 che nel seminario odierno figuri una relazione sul medesimo tema: quello della interpretazione costituzionalmente conforme.

Nella prima occasione infatti il tema era giustificato da quella giurisprudenza, inaugurata nel 1996, che invitava i giudici a risolvere loro stessi le questioni di costituzionalità attraverso l’utilizzo dei propri poteri interpretativi e nei limiti da questi consentiti, senza passare dal Giudice costituzionale.

Nel seminario di oggi si intende invece chiaramente far riferimento a quella giurisprudenza attraverso la quale, più recentemente, la Corte costituzionale ha inteso, entro certi limiti, richiamare alla propria competenza la valutazione circa la praticabilità di un determinata interpretazione conforme. Ma sul punto tornerò tra un momento.

Altrettanto chiara, mi pare, la finalità sottesa alla relazione avente ad oggetto la giurisprudenza costituzionale in merito al tema della doppia pregiudizialità in caso di supposta violazione congiunta della Costituzione e della Carta dei diritti dell'Unione europea. Il riferimento infatti non può che essere alla decisione di fine 2017 con cui la Corte costituzionale ha inteso invertire l'ordine delle pregiudizialità, suggerendo il tragitto Roma-Lussemburgo anziché quello Lussemburgo-Roma, che sovente non era arrivato a destinazione.

Meno diretta, ma ugualmente inquadrabile nella stessa prospettiva (“momenti di accentramento-momenti di diffusione”), la tematica delle altre due relazioni, relative rispettivamente all'accesso al giudizio costituzionale ed alla incidentalità, nonché alla Cedu quale parametro nei rapporti tra Giudice costituzionale e giudici comuni.

Fatte queste premesse definitorie e di inquadramento del tema, intendo adesso svolgere alcune brevi osservazioni introduttive sulle quattro problematiche poste dalle relazioni, limitatamente alla segnalazione degli aspetti che, a mio avviso, possono essere indicati come “momenti di accentramento-momenti di diffusione” e lo farò partendo dai due temi che ho indicato come più immediatamente espressivi di tali profili.

2. La interpretazione costituzionalmente conforme. Il monopolio della Corte costituzionale, la “nuova” giurisprudenza costituzionale e la “nuovissima” giurisprudenza: momenti di diffusione e momenti di accentramento.

La necessità di seguire una interpretazione costituzionalmente conforme, seppure divenuta oggetto di più specifica attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza alla metà degli anni Novanta del secolo scorso, nasce in realtà con il funzionamento della Corte costituzionale e con quello che possiamo ritenere il primo tipo di decisioni “creato” dalla stessa: le sentenze interpretative di rigetto.

Attraverso questo tipo di pronuncia la Corte esprime con nettezza la posizione - certamente non gradita alla Corte di cassazione, che dà vita proprio come reazione alla stessa alla nota “guerra tra le corti” – secondo cui non esiste una unica interpretazione corretta, ma la possibilità di diverse interpretazioni della stessa disposizione e che fra queste deve essere seguita quella conforme a costituzione. In base a ciò il Giudice costituzionale non si sente vincolato alla interpretazione della legge seguita dal giudice nel presentarle la questione, potendo indicarne una diversa, quella appunto costituzionalmente conforme.

Se un sistema accentrato è tale in quanto solo al giudice speciale spetta il compito di dichiarare incostituzionale una legge, esso non comporta che la decisione con carattere interpretativo (specie della legge) sia una esclusiva del

Giudice costituzionale, potendosi riconoscere analogo potere a tutti i giudici comuni.

Ecco quindi che il potere-dovere di interpretazione conforme da parte del giudice è assai risalente, anche se, per differenti ragioni, viene esercitato dalla Corte costituzionale in una situazione pressochè monopolistica, testimoniata dai molti casi in cui il giudice viene invitato a rimettere la questione di costituzionalità sulla base di un semplice dubbio ed anche quando si tratti solamente di eliminare l'ipotesi di una interpretazione contrastante con i principi costituzionali.

La sentenza Zagrebelsky del 1996 è anticipata da una serie di decisioni attraverso le quali la Corte ha, in svariate occasioni, valorizzato l'opera interpretativa del giudice e va ad introdurre tre elementi di novità.

Il primo consiste in una autoriduzione della propria competenza, allorchè invita il giudice a non sollevare una questione di costituzionalità tutte le volte in cui il superamento del dubbio di costituzionalità sia possibile attraverso una lettura della disposizione costituzionalmente conforme.

Il secondo è rappresentato dalla richiesta al giudice di verificare la possibilità di una interpretazione conforme e di sollevare la questione solo se quella risulti "impossibile".

Il terzo, poi meglio specificato, è la indicazione dello strumento con cui verificare che il giudice abbia effettivamente sperimentato tale possibilità e che la stessa risulti impossibile: la decisione di inammissibilità.

Secondo Giuseppe Ugo Rescigno con questa giurisprudenza la Corte costituzionale avrebbe illegittimamente modificato il nostro sistema accentrato di controllo delle leggi, mentre più convincentemente Franco Modugno ha indicato nella stessa solo la realizzazione di (o il tentativo di realizzare) un diverso assetto dei rapporti tra Giudice costituzionale e giudici comuni.

In senso analogo si è espresso, più in generale, anche Alessandro Pizzorusso nella relazione conclusiva al ricordato Convegno pisano del 2001 allorchè - a proposito dei "momenti di diffusione" e rispondendo alla domanda contenuta nel titolo dell'incontro ("verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?") - sostenne che "essi non rappresentano peraltro una modificazione del modello, ma soltanto un affinamento delle soluzioni tecniche che lo caratterizzano".

La fase del monopolio è stata quindi introdotta attraverso una decisione di merito (sentenza interpretativa di rigetto), dove la motivazione assume un significato assai importante, tanto da essere segnalato nel dispositivo ("nei sensi di cui in motivazione"), mentre quella instaurata nel 1996 trova lo strumento di garanzia in una decisione di tipo processuale (inammissibilità, semplice o manifesta) utilizzata quasi come sanzione nei riguardi del giudice rimettente per non aver assolto al compito di tentare una interpretazione conforme o di non aver seguito una interpretazione conforme presente in giurisprudenza e per questo da ritenere quindi "possibile".

La “nuova” giurisprudenza avrebbe dovuto comportare, almeno sulla carta, la scomparsa di un tipo di decisione – la interpretativa di rigetto – che ha svolto un ruolo di decisiva importanza nella defascistizzazione della legislazione prima e nella costituzionalizzazione dell’ordine legale poi. La indicazione di una soluzione alternativa a quella demolitoria della sentenza di incostituzionalità ha ottenuto infatti risultati eccellenti, sia verso le interpretazioni restrittive dei primi anni della Corte di cassazione, sia della scarsa propensione del parlamento ad intervenire a colmare i vuoti eventualmente creati dalle sentenze della Corte.

La dichiarazione di inammissibilità di una questione di costituzionalità, fondata sulla possibilità di una interpretazione conforme, avrebbe infatti dovuto condurre la Corte ad utilizzare tale formula anche quando avesse ritenuto di intervenire con una sentenza interpretativa di rigetto. Se infatti una interpretazione conforme era possibile, la questione avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile.

Con la “nuovissima” giurisprudenza la Corte costituzionale ha sostenuto che la presenza in giurisprudenza di una interpretazione costituzionalmente conforme, finanche se qualificabile come “diritto vivente”, non può risultare vincolante e tale da rendere la questione inammissibile, dal momento che la valutazione circa la percorribilità della interpretazione conforme e della sua conformità a Costituzione è questione di merito e non di ammissibilità e spetta quindi alla Corte costituzionale.

Ci possiamo chiedere se la suddetta giurisprudenza abbia determinato un “riaccentramento” del potere di controllo in capo al Giudice costituzionale.

Certamente credo non si possa parlare di un ritorno alla fase del monopolio, dal momento che più che una modifica la “nuovissima” giurisprudenza pare potersi qualificare come una integrazione o specificazione della precedente “nuova” giurisprudenza, che per il resto rimane invece confermata.

In altri termini il giudice è sempre tenuto a verificare la possibilità di superare il dubbio di costituzionalità attraverso una interpretazione conforme e, qualora ciò sia possibile, a non sollevare questione di costituzionalità. Qualora ritenga che il testo della disposizione *de qua* non consenta tale risultato, deve proporre la eccezione di costituzionalità, anche quando risulti che quella interpretazione sia stata seguita da altri giudici e sia quindi possibile. Al giudice viene solamente richiesto di motivare adeguatamente la propria scelta.

Emblematico uno dei primi casi, o forse proprio il primo, della “nuovissima” giurisprudenza.

Si trattava della questione di costituzionalità avente ad oggetto la necessità o meno dell’intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo dell’organo sessuale al fine del riconoscimento del diritto alla rettificazione degli atti di stato civile. La consolidata giurisprudenza della cassazione, fondata anche sulla altrettanto consolidata giurisprudenza della Corte Edu, aveva interpretato la disposizione legislativa nel senso che non imponesse il trattamento chirurgico.

Il giudice, ciò nonostante, aveva sollevato questione di costituzionalità della disposizione nella parte in cui imponeva il trattamento chirurgico, motivando adeguatamente e plausibilmente nel senso che il dettato normativo non avrebbe consentito una diversa interpretazione.

La Corte costituzionale, seguendo la “nuova” giurisprudenza avrebbe senza dubbio alcuno dichiarato inammissibile la questione, mentre stavolta decide di affrontarla nel merito, pur se giungendo a ritenere corretta e condivisibile la interpretazione conforme seguita dalla cassazione e dalla generalità dei giudici comuni.

In conclusione, in termini di accentramento-diffusione nei limiti sopra indicati, la “nuovissima” giurisprudenza, segna un punto a favore dell’accentramento nella misura in cui elimina per il giudice *a quo* l’obbligo di non sollevare la questione di costituzionalità allorchè risulti “possibile” una interpretazione costituzionalmente conforme e di seguire la stessa – come nel caso di sistemi diffusi con precedente vincolante – consentendogli di sottoporre alla Corte la verifica della correttezza costituzionale di tale interpretazione.

3. La doppia pregiudizialità dopo la sent. 269/2017: un momento di accentramento?

Il tema della doppia pregiudizialità, costituzionale e comunitaria, fa chiaramente riferimento alla pluricommentata giurisprudenza con cui la Corte ha invitato i giudici a dare priorità alla pregiudiziale costituzionale rispetto a quella comunitaria e pone quindi un prima ed un dopo rispetto alla stessa.

Riguardo al prima, ci troviamo di fronte ad un modello assai simile a quello diffuso, dal momento che il giudice nazionale, sulla base dei principi del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, è tenuto, di fronte ad un contrasto tra una regola derivante da quest’ultimo e la regola del diritto nazionale a “non applicare” quella nazionale, sostituendovi quella comunitaria.

Per il caso in cui il giudice nazionale, nutra un dubbio sulla corretta interpretazione del diritto comunitario che ritiene dover applicare nel suo giudizio, può, ai sensi dell’art. 267 Tfu, sospendere il processo e chiedere alla Corte di giustizia una decisione su questo aspetto; qualora si tratti di un giudice di ultima istanza, questi è tenuto al rinvio pregiudiziale, tranne si tratti di situazioni “chiare”, “chiarite” o “irrilevanti” (sentenza Cilfit).

Evidente quindi la finalità di garantire in tal modo una omogenea interpretazione del diritto comunitario da parte dei giudici di tutti gli stati membri, per cui ragionevole la conseguenza che se ne è derivata circa la natura vincolante, quindi paralegislativa, delle interpretazioni della Corte di Lussemburgo.

In questi stretti termini non avrebbe dovuto apparire frequente l’ipotesi che una simile facoltà, oppure obbligo, del giudice nazionale andasse a coin-

cidere con l'altra pregiudizialità conosciuta, quella costituzionale, dal momento che la Comunità economica europea non aveva, se non limitatamente, tra le proprie finalità quella della tutela dei diritti.

A parte ciò la Corte costituzionale - escludendo esplicitamente di poter essa stessa ritenersi legittimata, quindi tenuta, a proporre un rinvio pregiudiziale - ha sempre sostenuto la priorità del rinvio alla Corte di giustizia sulla base di una valutazione di natura processuale.

Dal momento che una delle condizioni per l'ammissibilità della questione di costituzionalità è la rilevanza, il giudice, se nutre dubbi in proposito, deve preliminarmente chiedere a Lussemburgo se nella specie la disposizione nazionale sia conforme a quella comunitaria e quindi applicabile, in quanto solo in caso di risposta positiva la questione risulterà rilevante per il giudizio costituzionale.

Come noto il rinvio pregiudiziale, quale risulta dal ricordato art. 267 Tfeue, è nella applicazione giurisprudenziale divenuto qualcosa di diverso dalla risoluzione di un dubbio circa la corretta interpretazione del diritto comunitario. In particolare si è trasformato in un vero e proprio controllo di comunitarietà della legge nazionale, fondato sul principio della applicazione diretta del diritto comunitario e sul potere-dovere di disapplicazione del giudice nazionale, venendo a somigliare assai al controllo di costituzionalità.

In realtà di un vero sistema diffuso credo si possa parlare solo nel caso in cui il giudice nazionale proceda direttamente alla disapplicazione del diritto nazionale in quanto ritenuto in contrasto con quello comunitario, mentre parrebbe diverso allorchè lo stesso accada a seguito di rinvio pregiudiziale, con il quale il giudice ha sostanzialmente posto, pure se sotto la forma di un chiarimento interpretativo, una questione di comunitarietà della legge nazionale. In questo secondo caso infatti la risposta della Corte di giustizia risulta per il richiedente vincolante, anche per quanto riguarda il carattere direttamente applicabile del diritto comunitario, presupposto per il potere del giudice di disapplicazione del diritto nazionale con esso contrastante

In sostanza la disapplicazione, a seguito di rinvio pregiudiziale, spesso risulta come attività obbligata e senza scelta alcuna, tale da potersi accostare alla posizione del giudice a seguito di sentenza di incostituzionalità della Corte costituzionale, anche se nel primo caso l'efficacia sarà limitata al giudizio *a quo*, mentre nel secondo la decisione sarà vincolante con effetti *erga omnes*.

Su questa situazione è intervenuta la sentenza 269/2017, con la quale la Corte costituzionale ha affermato la necessità, poi rettificata in opportunità, che nel caso in cui il giudice ritenga una legge al tempo stesso contrastante con la Costituzione e con la Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea, sia data la precedenza alla questione di costituzionalità, in ragione della natura intrinsecamente costituzionale della Carta e della necessità/opportunità che in questi casi si intervenga con una decisione dotata di effetti *erga omnes*.

La nuova giurisprudenza può quindi essere qualificata come una deroga alla posizione consolidata precedentemente assunta dalla Corte e trova il suo fondamento in due differenti elementi sopravvenuti: a) il riconoscimento del valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi, attribuito alla Carta dei diritti dal trattato di Lisbona e b) la legittimazione della Corte costituzionale a effettuare rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, riconosciuta a se medesima prima nell’ambito del giudizio in via principale (2008), poi anche in quello incidentale sulle leggi (2013).

Il tentativo, come unanimemente riconosciuto, è quello di inserirsi in un circuito giurisprudenziale avente ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali, dal quale poteva rischiare, anche per sua colpa, di restare esclusa.

Per le ricadute, sotto il profilo esaminato relativo alla contrapposizione “accentrato-diffuso”, della sentenza 269/2017, con le precisazioni ad essa apportate nel corso del 2019, essa riconosce al giudice la possibilità di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia prima dell’eventuale intervento della Corte costituzionale, sia dopo, specie ovviamente in caso di decisione di infondatezza ed addirittura di poter disapplicare, senza limiti, la disposizione ritenuta dalla Corte costituzionale non in contrasto con i principi della Costituzione, né con quelli della Carta dei diritti.

Quest’ultimo aspetto, sottolineato inequivocabilmente da parte della Corte costituzionale, pare porsi, a mio avviso, in evidente contrasto con la logica del carattere accentrato del nostro modello di giustizia costituzionale, il quale implica che la decisione del giudice “speciale” sia accettata da parte dell’autorità giudiziaria rimettente. Essa potrà certamente riproporre la questione alla Corte di Lussemburgo, sotto il profilo del contrasto con la Carta, se direttamente applicabile ed in ambito comunitario, ed eventualmente, sulla base della risposta ricevuta, procedere alla disapplicazione, mentre mi parrebbe più corretto che non lo possa fare direttamente, pena uno snaturamento del carattere accentrato del sistema e del ruolo con esso riconosciuto al Giudice costituzionale.

Al finale non sembra potersi dire che la nuova giurisprudenza, come ridimensionata dalle quattro decisioni del 2019, abbia prodotto una riduzione del “momento di diffusione” rappresentato dal potere dell’autorità giudiziaria di disapplicare direttamente la disposizione di legge nazionale in quanto contrastante con il diritto comunitario, mentre con riguardo alla disapplicazione a seguito di rinvio pregiudiziale, l’adeguamento all’invito rivolto dalla Corte costituzionale circa la priorità costituzionale potrebbe comportare al più, per il giudice, la sostituzione di una Corte (costituzionale) ad un’altra Corte (di giustizia) nell’indicare allo stesso la soluzione al dubbio di costituzionalità-comunitarietà sollevato.

4. La disciplina dell'accesso al Giudice costituzionale: la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ed il riconoscimento di potere decisorio al giudice "a quo", quali momenti di diffusione o di accentramento.

Uno degli aspetti più delicati, ed al tempo stesso più importanti, dei sistemi di giustizia costituzionale a carattere accentrato è senza dubbio quello della individuazione delle vie di accesso e quindi dei soggetti legittimati a sottoporre al Giudice costituzionale una questione di costituzionalità.

Nelle differenti esperienze europee, seppure tutte classificabili nei modelli c.d. misti, le soluzioni sono state diverse nel senso della indicazione di un numero più o meno ampio di soggetti legittimati (governo, capo dello Stato, minoranze parlamentari, enti territoriali ecc.)

Se, come dicevamo, il carattere diffuso o accentrato fa riferimento alla posizione ed ai poteri riconosciuti all'autorità giudiziaria nel controllo delle leggi, dobbiamo anche a proposito dell'accesso distinguere tra una nozione ampia (e generica) di accentrato-accentramento ed una nozione invece ristretta che fa riferimento alla nozione tecnica di "accentrato-diffuso".

Nel primo senso la riduzione dei soggetti legittimati alla sola autorità giudiziaria, come in sostanza è accaduto nel caso italiano, ha determinato l'attribuzione al giudice di un peso enorme nella realizzazione delle finalità proprie della giustizia costituzionale. Nel momento in cui la Corte costituzionale ha iniziato a funzionare infatti le vie di accesso si riducevano alla via incidentale, non essendo stato previsto il ricorso da parte di soggetti pubblici (governo, minoranze parlamentari), né quello individuale, né l'azione popolare e stante la mancata attuazione dell'ordinamento regionale.

Per questo, ed in questo significato generale ed atecnico, ho in altra occasione qualificato il nostro sistema come quello "accentrato più diffuso d'Europa".

Sempre seguendo la prima accezione, ne deriva di conseguenza che sarebbe inappropriato definire un sistema come "diffuso" sulla base del fatto che vengono riconosciute molte e differenti vie di accesso al Giudice costituzionale, dovendosi concludere, in base a quanto detto, in senso esattamente opposto.

Se passiamo a considerare il tema dell'accesso con riferimento alla nozione tecnica di accentrato-diffuso è necessario operare una distinzione tra il momento della iniziativa, come tale funzionale all'intervento della Corte costituzionale, rispetto allo spazio decisionale riconosciuto al giudice nella fase del giudizio costituzionale che si svolge davanti a lui medesimo.

Così l'iniziativa può risultare più o meno vincolata, più o meno libera e quindi ampia, ma questo non significa realizzare un "momento di diffusione", ma solo riconoscere, in senso atecnico, una maggiore possibilità di portare questioni alla Corte costituzionale.

In altri termini, se fosse eliminata la condizione della rilevanza, certamente consentiremmo al giudice di far pervenire alla Corte un numero assai più

ampio di questioni di costituzionalità, ma questo non significherebbe rendere il nostro sistema più diffuso, dal momento che l'ampliamento del potere di iniziativa conduce ovviamente ad un ampliamento del potere decisionale del Giudice "speciale" e della sua incidenza nel sistema.

La presenza di elementi di diffusione va invece riconosciuta nella possibilità del giudice di decidere le questioni senza passare dalla Corte costituzionale.

Per questo che la riforma costituzionale francese del 2008, la quale ha riconosciuto dopo molti anni di controllo *a priori* la via incidentale, non dovrà essere valutata, quanto ad elementi di diffusione, sulla base del potere di iniziativa – pena il rischio di confondere, come ammoniva Pizzorusso nella relazione ricordata all'inizio, tra diffusione e concretezza – quanto sui poteri decisionali effettivamente riconosciuti ai giudici.

Ugualmente la riforma costituzionale della giustizia costituzionale realizzata negli stessi anni in Spagna, conosciuta soprattutto per la riforma del regime dell'amparo costituzionale, ha determinato un aumento dei "momenti di diffusione" nella giustizia costituzionale spagnola in considerazione dell'ampliamento del potere di annullamento riconosciuto ai giudici comuni a tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione spagnola.

Nel nostro sistema di giustizia costituzionale, gli elementi di diffusione possono pertanto essere individuati nel potere riconosciuto ai giudici allorché, sia nella fase ascendente come in quella discendente del giudizio in via incidentale, viene loro riconosciuto un potere decisorio.

Riguardo alla fase ascendente il giudice risolve la questione, senza passare dal giudizio della Corte, a parte la già ricordata ipotesi di interpretazione conforme, attraverso la decisione di merito con cui rileva che l'istanza avanzata dalle parti o dal pubblico ministero risulta manifestamente priva di fondamento.

Di conseguenza quanto più aumentano o diminuiscono i margini di scelta riconosciuti in proposito ai giudici *a quibus*, tanto più si realizzano momenti di diffusione. Si pensi a quanto accaduto nel periodo dello smaltimento dell'arretrato, durante il quale la Corte costituzionale – in ciò svolgendo anche funzione educativa per l'attività deliberativa del giudice – giunse ad ampliare enormemente la nozione di "manifesta infondatezza" per risolvere le questioni sollevate. Una nozione fin allora impiegata solo in caso di questioni già decise negli stessi termini, con la conseguenza che questo tipo di decisione applicato per quarantanove volte nei primi trenta anni di attività, fu utilizzato per ben duecentosessantatré volte nel solo triennio 1987-1989.

Il giudice può decidere definitivamente, e senza quindi passare dal giudizio della Corte, anche attraverso una pronuncia di tipo processuale (specie irrilevanza), per cui l'adozione di una nozione ristretta di rilevanza significa aumentare la possibilità che il giudice risolva lui stesso la questione, mentre una nozione ampia (o la eliminazione della condizione) significa ridurre il potere del giudice di decidere la questione.

Momenti di diffusione possono poi derivare anche nella fase discendente a seguito di alcuni tipi di decisione della Corte costituzionale. Si pensi ad esempio alle sentenze additive di principio, nate principalmente con lo scopo di realizzare un maggior rispetto delle scelte discrezionali del legislatore e finite poi in pratica, in conseguenza della inattività di quest'ultimo, con il riconoscere uno spazio decisionale ai giudici nella tutela dei diritti coinvolti, seppure in applicazione dei principi individuati in via generale dalla Corte.

In conclusione, seguendo una nozione tecnica di "accentramento-diffusione", non possono essere considerate come espressive di "momenti di diffusione" le decisioni attraverso le quali la Corte costituzionale ha ampliato il modo di intendere la nozione di "giudice" e di "giudizio", la qualificazione come "giudici" di soggetti ritenuti tali solo "ai limitati fini" del giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, spesso operata allo scopo di superare le c.d. zone franche della giustizia costituzionale, con il risultato quindi di ampliare lo spazio di intervento del Giudice "speciale".

5. Il parametro Cedu dopo le sentenze "gemelle", l'interpretazione convenzionalmente conforme e l'efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e delle decisioni della stessa: momenti di diffusione e momenti di accentramento.

Per i giudizi che si svolgono a garanzia dei diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, un elemento di evidente differenziazione rispetto a quanto si verifica per il controllo delle leggi davanti alla Corte costituzionale e per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, consiste nel fatto che nei primi non è l'autorità giudiziaria a ricorrere, bensì il diretto interessato, solo dopo aver esaurito gli strumenti processuali disponibili a livello nazionale (principio di sussidiarietà).

Anche per trattare della Cedu come parametro, così come abbiamo detto a proposito della doppia pregiudizialità, esiste uno spartiacque rappresentato, come noto, dalle c.d. sentenze gemelle, solo a partire dalle quali infatti le disposizioni della Cedu, seppure attraverso la tecnica della norma interposta, sono davvero divenute un parametro per il controllo delle leggi nazionali davanti alla Corte costituzionale. Ciò è quindi accaduto dopo oltre cinquanta anni dalla avvenuta ratifica della Cedu dallo stato italiano.

Limitandomi anche in questo caso agli aspetti connessi con la contrapposizione "accentrato-diffuso", secondo quella che ho chiamato la nozione tecnica di tali nozioni, vedo innanzi tutto di sottolineare gli elementi rilevanti ricavabili dalle suddette decisioni del 2007.

Un primo elemento consiste nella finalità – confermata da uno dei due relatori in un convegno sui dieci anni dalle sentenze gemelle – di porre un freno alla tendenza di alcuni giudici di procedere direttamente alla disapplicazione della legge nazionale per contrasto con la Cedu, sulla base della qualifica-

zione, da parte della Corte di giustizia, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni Cedu quali principi fondamentali del diritto comunitario, realizzando così una forma di sindacato diffuso.

La Corte costituzionale si è trovata, qualche anno dopo, a dover di nuovo negare il potere dei giudici di disapplicare la legge, allorchè simile possibilità era stata avanzata sulla base del trattato di Lisbona ed in particolare della prevista adesione dell'Unione europea alla Cedu e della disposizione secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6. 2 e 3). La Corte infatti ha specificato, da un lato, come l'adesione ancora non fosse avvenuta e dall'altro che comunque il giudice è tenuto a sollevare questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117.1 Cost. (sent. 80/2011).

Un secondo elemento è quello della possibilità di invocare la Cedu come parametro, seppur interposto. Con ciò viene reso sostanzialmente possibile al giudice denunciare, con il provvedimento di rimessione, il contrasto della legge anche solamente per violazione della Cedu, fin allora richiamata solo per rafforzare il riferimento al parametro costituzionale nazionale.

Trattandosi, come detto nel paragrafo precedente, della possibilità, per il giudice, di un utilizzo dell'incidente di costituzionalità più ampio e quindi di elemento che va ad incidere sulla iniziativa e non sui poteri di decisione della questione di costituzionalità, questo non può essere qualificato come un accrescimento della diffusione, in senso tecnico.

Un terzo elemento deriva dalla collocazione della Cedu nel sistema delle fonti e dalla sua posizione a livello sub costituzionale, con la conseguenza che il giudice deve prioritariamente verificare la conformità della stessa alla Costituzione, prima di procedere alla sperimentazione di una interpretazione convenzionalmente conforme della disposizione indubbiata.

A quest'ultimo proposito il percorso pare poi essere pressoché identico a quello già visto per la interpretazione costituzionalmente conforme, compresa la applicabilità al caso della giurisprudenza costituzionale "nuovissima". Unica particolarità: nel caso in cui le due letture conformi dovessero portare a risultati contrastanti, la Corte ha sostenuto che deve prevalere quella costituzionalmente conforme, in considerazione del predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu (sent. 49/2015).

Un quarto elemento, che si lega strettamente con quanto appena detto, deriva dalla affermazione in base alla quale, nel fare riferimento alla Cedu, il giudice deve assumere la stessa nel significato attribuitole dal "suo" Giudice, cioè dalla Corte di Strasburgo.

Una affermazione poi ribadita in maniera categorica l'anno seguente, allorchè la Corte ebbe a sostenere che la peculiarità delle disposizioni della Cedu, nell'ambito delle norme interposte, "consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte Edu, alla quale gli stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi" (sent. 38/2008).

Tale affermazione sembrava riconoscere alle interpretazione della Cedu da parte della Corte europea un significato quasi normativo, al pari delle sentenze interpretative della Corte di giustizia o almeno quello di “diritto vivente”, con conseguente pesante riduzione del potere interpretativo dei giudici e quindi del loro “momento di diffusione”.

Successivamente, come conosciuto, la Corte costituzionale ha progressivamente proceduto a ridurre la perentorietà della affermazione, riconoscendo spazi di discrezionalità all’interpretazione della Cedu da parte del giudice attraverso il riferimento al criterio “sostanziale” della tutela più intensa; alla necessaria valutazione dell’impatto nell’ordinamento interno della interpretazione fornita dalla Corte Edu, in quanto frutto di tutela dei diritti in gioco in maniera parcellizzata e non sistemica; del margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta di tenere in conto le peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale va ad inserirsi.

Una forte limitazione alla efficacia vincolante della interpretazione della Cedu da parte della Corte europea è infine venuta da quella giurisprudenza che ha ritenuto che il giudice è tenuto a porre a base del proprio processo interpretativo solo le pronunce espressive di un orientamento consolidato (sent. 49/2015).

In ordine infine alla efficacia delle decisioni della Corte Edu sugli spazi decisionali del giudice nazionale può valere la pena di ricordare come in due occasioni (ord. 150/2012 e sent. 43/2018) la Corte costituzionale ha provveduto a restituire al giudice *a quo*, per un riesame della rilevanza e della non manifesta infondatezza, gli atti relativi ad una questione di costituzionalità, a seguito di una sopravvenuta decisione della Corte Edu che innovava rispetto alla precedente giurisprudenza della stessa, sulla base della quale la questione era stata sollevata.

La cosa è accaduta più volte, come noto, a seguito del sopravvenire di sentenza interpretativa della Corte di giustizia, ma mentre in quest’ultimo caso la Corte costituzionale ha esplicitamente parlato di *ius superveniens*, nel caso di sentenze della Corte Edu ha parlato di “*novum*”, ossia qualcosa che è più di un “*factum*” (il cui sopravvenire non determina la restituzione degli atti), ma meno di uno “*ius*”.

Nel secondo dei due casi sopra richiamati la questione di costituzionalità aveva ad oggetto la disciplina codicistica che non esclude la possibilità di instaurare un giudizio penale avente ad oggetto gli stessi fatti per i quali già sia stata irrogata in maniera definitiva una sanzione amministrativa, al termine in un procedimento amministrativo. Il giudice denunciava la violazione del principio del *ne bis in idem*, richiamandosi all’art. 4, protocollo 7, della Cedu, quale norma interposta, ai sensi dell’art. 117.1 Cost.

In particolare l’autorità giudiziaria rimettente fondava i dubbi di costituzionalità sulla interpretazione della disposizione convenzionale risultante dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Nel periodo intercorrente tra la emanazione dell’ordinanza di rinvio e la decisione della Corte costituzionale, era intervenuto un inaspettato cambio

di giurisprudenza da parte della grande camera della Corte Edu, la quale, pur confermando la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa afflittiva, ha superato la lettura solo processuale del principio del *ne bis in idem* (impossibilità di iniziare il procedimento penale in presenza di una sanzione amministrativa definitiva) per passare ad una nozione sostanziale del medesimo, invitando i giudici a valutare, nella specie, il tipo di connessione sostanziale e temporale esistente tra i due procedimenti.

Nel restituire gli atti al giudice *a quo*, la Corte costituzionale ha rilevato come “il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all’ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale” (sent. 43/2018).

La Corte di giustizia nella nota decisione Taricco II, venendo incontro alle richieste della nostra Corte, ha proceduto ad integrare la propria precedente interpretazione, espressa nella decisione Taricco I ed anche la Corte di Lussemburgo, al pari di quanto visto per la Corte Edu nel caso del *ne bis in idem*, ha sostenuto che spettava al giudice nazionale, al fine di determinarsi se procedere o meno alla disapplicazione della normativa nazionale, verificare se il regime della prescrizione determinasse una situazione di incertezza tale da contrastare con il principio di determinatezza della legge applicabile.

In questa occasione la Corte costituzionale, al contrario della ricordata vicenda relativa al *ne bis in idem*, ha invece escluso la necessità di una restituzione degli atti, affermando che “l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto” (sent. 115/2018).

Nel raffrontare i due casi sopra richiamati, possiamo ritenere che nel primo la giurisprudenza costituzionale ha realizzato un “momento di diffusione”, mentre nel secondo un “momento di accentramento”.

L'ACCESSO E L'INCIDENTALITÀ

di 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.

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

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

“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 politica-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

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.

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 accentramento del giudizio di costituzionalità.

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

È 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

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.

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.

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 deter-

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. ZICCHITTO, *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 strette 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.

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.

minato 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 considerarsi 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 parifica esercitato dalla sezione di controllo della

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”* *Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell’AGCM*, in *www.federalismi.it*, 12.9.2018.

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

¹¹ Punto 8.8 del Ritenuto in fatto.

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.

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.

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.

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*

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 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 nor-

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.

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".

ma 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 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

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.

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.

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 costituzione: une 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.consultazione.org*, 19.7.2014.

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 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

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.

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

È 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

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.

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

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

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 costituzionalità³⁰.

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

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.

tradizione comune agli Stati membri³⁴ in cui la Corte ora più che mai deve svolgere un delicato compito che è 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 diseguglianze 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 le-

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 europeo; 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'accentramento 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’ “accentramento”: 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.

gislativa del giudizio di costituzionalità³⁷. Anche perché non è da escludere il rischio, evidenziato dalla dottrina, che i giudici dinanzi ad un riaccentramento 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'accentramento 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 giurisdizionale -e la circostanza che la Corte sia un organo preposto alla garanzia costituzionale- la posiziona 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. È 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

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 accentratore registratosi 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 eurolunitarie 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.

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 "politicalità" 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.

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.

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,

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.

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

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.

del controllo di costituzionalità verso la parte accentrata del giudizio⁴⁸. Invece, qualora il giudizio sulla rilevanza diventi particolarmente restrittivo, si assisterà 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

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”.

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.

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 pronunciamento 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

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.

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.

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

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.

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.

L'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE TORNA A CASA?*

di Marco Ruotolo

SOMMARIO: 1. L'interpretazione conforme a Costituzione cerca casa – 2. Rapido *excursus* sull'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza costituzionale – 3. La casa dell'interpretazione conforme a Costituzione nel disegno di Vezio Crisafulli – 4. Oltre i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione (quando a venire in gioco sono altri “conformanti”) – 5. Oltre il rapporto Corte costituzionale-giudici. L'interpretazione conforme a Costituzione “proposta” dal Presidente della Repubblica.

1. L'interpretazione conforme a Costituzione cerca casa

Mi sono occupato in diverse occasioni del tema dell'interpretazione conforme a Costituzione e rischio di avere poco da dire in aggiunta a quanto già scritto¹. Anche per questa ragione – per non ripetermi – cercherò di privilegiare alcuni aspetti a scapito di altri, dando anzitutto peso al titolo che mi è stato suggerito dal direttivo del Gruppo di Pisa, il quale evoca un ritorno a casa dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Esiste davvero una sola casa per questa tecnica? A leggere contributi recenti se ne potrebbe dubitare. Vi è chi ha più volte sostenuto che non si può «leggere nella disposizione quello che non c'è, anche quando la Costituzione

* Il presente contributo è affettuosamente dedicato a Pasquale Costanzo e destinato agli Studi in suo onore.

¹ Una sintesi la si può trovare nel mio *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014 e poi in *Quando il giudice “deve fare da sé”*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 22 ottobre 2018. Al tema dell'interpretazione conforme a Costituzione sono stati dedicati, in questi anni, diversi contributi, tra i quali: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Torino, 2009; AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del seminario svoltosi a Roma presso Palazzo della Consulta il 6 novembre 2009, Milano, 2010; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011; M. A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Napoli, 2014; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss. Fondamentali, in argomento, gli studi di Franco MODUGNO. Limitandomi ai più recenti, indico: *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. www.rivistaaic.it, 18 aprile 2014; *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme a Costituzione”*, in *Diritto e Società*, 2015, 461 ss.; *Interpretazione costituzionale*, in *Diritto e Società*. 2018, spec. 528 ss.

vorrebbe che vi fosse»² e chi ritiene che il nuovo atteggiamento della Corte, che avrebbe ormai esonerato il giudice comune dal compito di interpretare le disposizioni in modo conforme quando ciò appaia soltanto “improbabile o difficile” (sent. n. 42 del 2017), possa «comportare una rinuncia non priva di controindicazioni»³.

Entrambe le costruzioni non mi convincono.

Mi chiedo: chi nega che si possa leggere in una disposizione quello che non c'è (un giudice che operasse in tal modo compierebbe una violazione di legge)? Chi nega che un giudice possa privilegiare, in nome della forza espansiva della Costituzione, un'interpretazione della disposizione per quanto “difficile” o “improbabile”?

La Corte costituzionale non ha mai scritto che l'interpretazione conforme a Costituzione possa condurre a uno stravolgimento in via giudiziale del tenore letterale della disposizione; semmai ha sostenuto il contrario. Né, con la sent. n. 42 del 2017, ha inteso inibire l'esercizio di poteri ermeneutici che consentano al giudice di fare sì che la Costituzione pervada l'ordinamento «in modo molecolare», entrando in tutte le norme dello stesso e quindi caratterizzandole, conformandole⁴; semmai, di nuovo, ha sostenuto il contrario. Piuttosto, con il suo nuovo atteggiamento – che peraltro, come dirò, è stato precisato e non inaugurato con la sent. n. 42 del 2017 – la Corte vuole evitare che un giudice debba per forza “fare da sé”, senza sollevare la questione di costituzionalità, qualora non riesca a raggiungere un esito costituzionalmente conforme mediante l'impiego degli strumenti ermeneutici a sua disposizione. È cosa ben diversa dal ritenere che non possa «spingersi oltre la sfera di ciò che, pur con difficoltà e con iniziale esitazione, resta a ben vedere, sul piano dell'interpretazione possibile»⁵. Significa che ove un giudice abbia motivato in ordine alle ragioni che lo inducono a non pervenire, direttamente, a un esito ermeneutico conforme a Costituzione, ciò basta affinché la sua “domanda” meriti dalla Corte una “risposta” nel merito. Risposta che potrà pure consistere nell'affermazione della praticabilità (e dunque della “possibilità”) della soluzione scartata dal giudice, in ragione, ad esempio e forse anzitutto,

² M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione conforme a*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 8 agosto 2007, 7. La posizione di Luciani è ora più compiutamente esposta nella sua ricca e già citata voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, 391 ss. (per il profilo qui trattato v. 472 s.).

³ M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, 2019, 36.

⁴ Come giustamente indicato da G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano, 2010, 323.

⁵ M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit., 36.

della presunta (e dalla Corte non rilevata) resistenza della lettera (o del diritto vivente) a un esito costituzionalmente conforme.

Insomma: è solo l'omesso (o del tutto inadeguato) tentativo di interpretazione conforme che merita di essere sanzionato con una pronuncia di inammissibilità, negli altri casi dovendo la Corte affrontare la questione nel merito. Questo è l'atteggiamento attuale del giudice delle leggi, che più avanti ripercorrerò. Che poi questa sia "la casa" dell'interpretazione conforme è altra questione, che per essere affrontata richiede di essere inquadrata alla luce delle ancora attuali riflessioni degli studiosi che si occuparono dei temi della giustizia costituzionale all'indomani dell'entrata in funzione della Corte⁶. Insuperabili mi sembrano, in particolare, le riflessioni di Vezio Crisafulli, che considererò come l'architetto della possibile, almeno ideale, casa dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Prima di addentrarmi sui fronti dell'evoluzione giurisprudenziale e della ricostruzione della tesi di una dottrina così autorevole, vorrei, però, ancora spendere una considerazione sulle posizioni attuali prima riferite. Non vorrei, infatti, sembrare ingenuo o almeno incapace di cogliere cosa quelle due tesi sottendano.

La prima tesi si rivela, nelle sue intenzioni e nei suoi sviluppi⁷, fautrice di una strategia che vuole la "lettera" prevalere sempre e comunque, contenendo significativamente (in modo antistorico) il potere interpretativo dei giudici. Si afferma esplicitamente la contrarietà nei confronti delle «derive pangiurisdizionaliste che oggi dominano il dibattito scientifico e cominciano a percorrere il concreto funzionamento delle istituzioni»⁸, le quali mirerebbero a sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico⁹. Emerge, sia pure implicitamente, una forte diffidenza nei confronti dei giudici, mettendo al fondo in dubbio la loro cultura costituzionale. L'insistenza sul primato del testo potrebbe essere infatti letta come un invito per i giudici comuni (e per l'amministrazione) a tenere un atteggiamento supino rispetto al dato letterale della legge, particolarmente gradito peraltro da molti operatori in quanto senz'altro deresponsabilizzante. Ma quanti arretramenti potremmo registrare specie sul piano della tutela dei diritti fondamentali se questo atteggiamento dovesse riprendere piede! Non credo sia da auspicare il ritorno a un'amministrazione ottusa, né a una giurisdizione chiusa rispetto alle possibilità date dall'interpretazione sistematica (e conforme a Costituzione).

⁶ Il riferimento è, in particolare, ai lavori di Vezio Crisafulli, di Carlo Esposito e di Carlo Lavagna, nonché di Giovanni Grottanelli e di Alessandro Pace, le cui posizioni in argomento ho cercato di ricostruire nel mio *Interpretare*, cit., 37 ss.

⁷ Mi riferisco alla già citata voce *Interpretazione conforme a Costituzione* di Massimo Luciani.

⁸ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 422.

⁹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 393.

La seconda tesi, invece, ha un retroterra pangiurisdizionalista e in nome della «diffusività della Costituzione»¹⁰ si traduce in un invito al giudice a fare il più possibile da sé. Qui la cultura costituzionale dei magistrati è data per scontata e piena è la fiducia nei loro confronti circa la capacità di assicurare, tramite l'interpretazione, un sistema normativo più conforme (o meno disforme) a Costituzione. Volendo estremizzare: l'opera del legislatore ben può essere sviluppata e completata dai giudici, che possono sempre contribuire, attraverso l'interpretazione, a razionalizzarla decisamente in una direzione conforme a Costituzione, anche integrando le lacune del dettato normativo.

Nella loro, per quanto implicita, radicalità sono posizioni che non mi soddisfano. Il legislatore deve rimanere il principale attore nello svolgimento e nell'attuazione della Costituzione. A imporlo sono le regole base della democrazia. Ma il giudice non può essere passivo spettatore, mera bocca della legge, secondo l'antica immagine; deve poter ricavare norme conformi a Costituzione fin dove l'orizzonte di senso del testo oggetto del processo di interpretazione/applicazione lo consenta. Non può sostituirsi al legislatore, ma, presumendo la legittimità costituzionale della scelta politica, può dare un apporto decisivo per far sì che la stessa esprima virtualità normative conformi a Costituzione. Banalmente: il giudice non è strumento dichiarativo della volontà del legislatore, ma nemmeno può essere soggetto capace di stravolgere il voluto che si manifesta attraverso la disposizione. È una questione di misura, è un problema di confini, che, come più volte ho sostenuto, devono essere ricercati negando radicalmente che l'interpretazione possa trasmodare in disapplicazione dei testi legislativi¹¹.

Se si vuole, quella che qui si esprimerà potrà essere considerata come una posizione mediana, che condivide lo scetticismo nei confronti della pangiurisdizionalizzazione del reale, ma non fino al punto da tollerare, in nome di una cieca prevalenza della preminenza della legge, il realizzarsi e il protrarsi di situazioni normative contrarie alla Costituzione, spesso peraltro determinate da omissioni che il legislatore non appare disponibile a colmare nonostante moniti formulati in tale direzione dagli organi di garanzia, in particolare dalla Corte costituzionale, ma anche, come vedremo, dal Presidente della Repubblica. In presenza degli stessi è difficile negare che il giudice abbia maggiori spazi di intervento, anche per colmare lacune che riscontri nel sistema, se non altro perché il monito o il suggerimento interpretativo dell'organo di garanzia può contribuire a definire il "principio generale" dal quale ricavare la regola per l'integrazione dell'ordinamento ove debba fare ricorso all'*analogia iuris*¹².

¹⁰ M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit., 31.

¹¹ Piena consonanza sul punto con V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé*, in *Diritto e Società*, 2018, 649.

¹² Va ricordato che le lacune possono essere colmate con il ricorso ai principi costituzio-

Si potrebbe però obiettare che la tesi che propugna il radicale contenimento dell'interpretazione conforme a Costituzione non conduca a determinare i rischi appena accennati. Dove il dettato legislativo è di dubbia costituzionalità o dove sia presente un'omissione che si presume incostituzionale, il giudice solleverà la relativa questione e la Corte potrà accoglierla. Per coerenza si dovrebbe tuttavia ritenere che ciò debba accadere ogni qual volta sia possibile anche una sola interpretazione incostituzionale¹³, con la conseguenza che il procedimento davanti al giudice dovrà essere sospeso e la Corte dovrà scegliere l'alternativa accoglimento/rigetto. Bianco o nero. Purtroppo o per fortuna non è così, perché i testi (la maggior parte degli enunciati) sono per loro natura ambigui, suscettibili di diverse interpretazioni, sicché l'attività ermeneutica si rivela ineludibile strumento in vista dell'applicazione. Senza dimenticare che il conseguimento di un risultato conforme a Costituzione, realizzato direttamente dal giudice, consente di rispondere immediatamente alla domanda di giustizia che è sottesa a qualunque procedimento giurisdizionale. Il che non è secondario in un Paese che detiene primati per la lunghezza dei processi.

Ma vediamo finalmente, sia pure per grandi linee, come si è orientata sul tema la giurisprudenza costituzionale e se sia possibile ritenere che i più recenti approdi l'abbiano condotta nella casa che il grande Vezio Crisafulli aveva disegnato per l'interpretazione conforme a Costituzione.

2. Rapido *excursus* sull'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza costituzionale

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione conforme a Costituzione è stata ricostruita in diversi lavori¹⁴. Credo sia inutile ripercorrerne analiticamente le tappe, essendo piuttosto preferibile indicare quali siano stati i più rilevanti precedenti rispetto a quello che appare essere l'attuale indirizzo.

Che la Corte costituzionale abbia il potere di interpretare la disposizione legislativa censurata in modo diverso dal rimettente al fine di assicurarne la compatibilità a Costituzione è consapevolezza antica, espressa già nella sent. n. 3 del 1956. Così come antica è l'acquisizione circa la possibilità del ricorso a decisioni interpretative, tra le quali sono da annoverare le pronunce di in-

nali ai quali «spetta in ogni caso – anche ai fini delle “preleggi” – la priorità nei confronti dei principi generali di derivazione legislativa ordinaria» (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 109).

¹³ È quanto sostenuto da A. PACE, *I limiti dell'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1963, 1073.

¹⁴ Da ultimo, in modo particolarmente ordinato, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.

fondatezza, che appunto respingono la questione di legittimità costituzionale in quanto al testo può essere data un'interpretazione conforme a Costituzione (in tal caso, sarebbe sempre opportuno che la Corte indichi nel dispositivo che l'infondatezza è "nei sensi di cui in motivazione", come accaduto, non senza qualche oscillazione nella seguente storia giurisprudenziale, a partire dalla sent. n. 1 del 1957). Tuttavia, la pronuncia interpretativa, se e proprio in quanto di infondatezza, non vincola, com'è noto, i giudici, i quali ben potrebbero ricavare dal testo una norma diversa da quella individuata dalla Corte costituzionale. È questa la ragione per cui il "seguito" di pronunce di tal fatta dipende in larga misura dalla volontà "collaborativa" dei giudici, in particolare dei "vertici" della magistratura, che altrimenti potrebbero "reagire", come accaduto, in verità raramente, nella storia repubblicana¹⁵. Proprio alla luce di quelle reazioni – penso in particolare a quella verificatasi negli anni Sessanta del secolo scorso¹⁶ – la Corte cominciò negli anni Settanta a diversamente valutare il c.d. diritto vivente, considerandolo limite alla propria libertà interpretativa (v., ad es., sent. n. 276 del 1974), nel senso che, ove da esso intenda discostarsi, la strada maestra diviene quella dell'accoglimento della questione.

Ma l'"apertura" nei confronti dei giudici diviene gradualmente più significativa e si traduce nell'invito agli stessi a procedere ad «una esegesi adeguatrice» del dato normativo prima di sollevare la questione di costituzionalità (v., ad es., sent. n. 443 del 1994), potendo l'antinomia risultare apparente qualora il presunto conflitto tra testi sia risolvibile mediante la relativa interpretazione che renda le norme da essi ricavate non incompatibili tra loro. Ciò sarà puntualizzato nel noto passo per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (sent. n. 356 del 1996). Il «risolto processuale»¹⁷ di questa affermazione sarà l'adozione della pronuncia di inammissibilità non solo ogni qual volta il giudice abbia omissso di cercare la soluzione conforme a Costituzione, ma anche quando non abbia adeguatamente dimostrato

¹⁵ A sottolineare il proficuo rapporto Corte costituzionale-giudici si è parlato di "sindacato accentratore-collaborativo" nel volume di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

¹⁶ La c.d. guerra tra Corti nacque a seguito di tre pronunce della Corte costituzionale (sentt. n. 11 e 52 del 1965, n. 127 del 1966), in tema di garanzie difensive nell'istruzione sommaria, le quali avevano disatteso il consolidato orientamento in materia della giurisprudenza di legittimità. La vicenda, che aveva visto l'impiego da parte della Corte di pronunce "interpretative" (di rigetto e di accoglimento), si concluse con un'ulteriore pronuncia di rigetto (sent. n. 49 del 1970) che ha finito per "dare ragione" alla Cassazione, in quanto il problema ad essa sotteso è finalmente considerato come questione meramente interpretativa la cui soluzione è riservata alla giurisprudenza comune.

¹⁷ V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 77.

la “impossibilità” di seguire un’interpretazione costituzionalmente corretta. Diminuiscono le sentenze interpretative di rigetto (delle quali costituiscono parziale surrogato le decisioni definite di “rigetto con interpretazione”, non caratterizzate dalla formula “nei sensi di cui in motivazione”), crescono le decisioni di inammissibilità fondate sulla possibilità di ricavare dal testo un’interpretazione conforme a Costituzione, ancorché difficile o improbabile. In particolare, l’eventuale resistenza opposta dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale della disposizione è ritenuta in molte occasioni superabile, in quanto uniformarsi al diritto vivente è considerata “facoltà” e non “obbligo” per il giudice *a quo* (v. ad es. sent. n. 350 del 1997).

È il preludio a una nuova stagione di conflitto con la Cassazione, espressa in occasione di una vicenda riguardante il calcolo dei termini di fase della custodia cautelare in carcere. La Cassazione non si uniforma al suggerimento interpretativo della Corte costituzionale, espresso nella sentenza interpretativa di rigetto n. 232 del 1998, e il giudice delle leggi, di nuovo chiamato a pronunciarsi, ricorre a diverse decisioni di inammissibilità o di manifesta infondatezza, rivendicando a sé il potere di interpretare le disposizioni in modo conforme a Costituzione. La vicenda si conclude alcuni anni dopo con la presa d’atto del maturare di un diverso indirizzo giurisprudenziale, suffragato da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, al quale non è più possibile controbattere con una decisione meramente interpretativa. La Corte ricorre pertanto ad una sentenza additiva (n. 299 del 2005) resa necessaria dal formarsi di un diritto vivente ritenuto incostituzionale. Si pongono le basi per una nuova e positiva stagione di “collaborazione” con la magistratura, che tra l’altro si traduce nella conferma degli ampi poteri interpretativi della stessa al fine di addivenire a soluzioni normative conformi a Costituzione, accompagnato dall’attenuazione del vincolo motivazionale nella proposizione di questione di costituzionalità¹⁸, tanto da leggere l’onere di interpretazione conforme non più come “obbligo di risultato” ma come “obbligo di mezzi”¹⁹ o, ancora meglio, “*obbligo di diligenza*”: «la motivazione è condizione necessaria, quanto *sufficiente*, per accedere al merito del sindacato di costituzionalità, anche ove non risulti del tutto *persuasiva*»²⁰. Se un giudice, utilizzando gli ordinari poteri ermeneutici, ritiene che la soluzione conforme a Costituzione non sia praticabile, o meglio sia difficile o improbabile a causa della resistenza del testo o del diritto vivente formatosi su di esso, ciò basta ai fini della corretta introduzione del giudizio di costituzionalità. La risposta della Corte, insomma, non potrà essere l’inammissibilità della

¹⁸ Cfr. C. TOMBA, *Il “depotenziamento” dell’obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un “nuovo” riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2063 ss.

¹⁹ G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017, 141.

²⁰ F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., 541.

questione²¹, ma al limite il rigetto interpretativo (sent. n. 221 del 2015), ove la stessa ritenga che la soluzione ermeneutica scartata dal giudice sia possibile, ancorché difficile o improbabile (sent. n. 42 del 2017).

Si tratta di un epilogo che pare a chi scrive in grado di assicurare una soluzione di equilibrio, rispettosa del ruolo della magistratura e in grado di assicurare un migliore ascolto e seguito delle pronunce della Corte. Il suo “risvolto processuale” è il rinnovato *favor* per l’impiego della pronuncia interpretativa di rigetto ogni qual volta sia possibile l’interpretazione conforme a Costituzione della disposizione censurata. Vi è, dunque, anche un innegabile miglioramento della segnaletica giurisprudenziale²², che è fattore non secondario per far maturare e consolidare un rapporto positivo di collaborazione con la magistratura.

È questo un ritorno a casa dell’interpretazione conforme a Costituzione?

3. La casa dell’interpretazione conforme a Costituzione nel disegno di Vezio Crisafulli

Credo che le principali domande sottese alla rapida analisi giurisprudenziale prima proposta possano riassumersi in due interrogativi: perché mai un giudice dovrebbe sollevare questione di costituzionalità se attraverso l’interpretazione è possibile ricavare un significato del testo conforme a Costituzione? E, sul versante del giudizio di costituzionalità: perché mai la Corte dovrebbe dichiarare illegittimo un testo normativo se da esso può ricavarsi un significato conforme a Costituzione? Al riguardo si contrappongono due diverse esigenze: da un lato quella di privilegiare ad ogni costo la certezza del diritto (se vi è anche una sola possibilità di ricavare dall’enunciato una norma incostituzionale, la Corte avrebbe il dovere di espungere quella norma dall’ordinamento); dall’altro lato quella di favorire la collaborazione tra istituzioni, peraltro garantendo una tutela immediata del diritto controverso²³ (offerta direttamente dal giudice comune, senza attendere il giudizio della Corte). Nel contemperamento tra le due esigenze, la seconda sembra ricevere maggiore spazio, al punto che la dichiarazione di incostituzionalità è ormai riguardata quale *extrema ratio*, quale esito del fallimento dell’interpretazione²⁴.

²¹ «Se l’interpretazione prescelta dal giudice rimettente sia da considerare la sola persuasiva, è profilo che esula dall’ammissibilità e attiene, per contro, al merito, che è ora possibile scrutinare»: v. tra le altre sentt. nn. 221, 262 del 2015, 45, 95, 204 del 2016.

²² Autorevolmente auspicato da L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3690.

²³ Come rileva G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, p. 20.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 257.

Entro queste coordinate credo possano essere inquadrati le evoluzioni e le implicazioni dell'interpretazione conforme, traendo dalla dottrina che per prima si è occupata del tema importanti, se non decisive, indicazioni.

Nel 1956 Vezio Crisafulli già scriveva che la Corte può ben ricorrere ad una pronuncia di rigetto quando dalla disposizione impugnata possa ricavarsi una norma conforme a Costituzione, diversa da quella individuata dal giudice *a quo*²⁵, precisando cinque anni dopo che la sentenza non avrebbe potuto essere che di incostituzionalità ove la *formulazione* della disposizione offrisse una *resistenza insuperabile* ad essere interpretata in modo conforme a Costituzione ovvero allorché si fossero *consolidati indirizzi giurisprudenziali incostituzionali*, dovendosi in tale ultimo caso dichiarare l'illegittimità della norma "vivente"²⁶. Il tenore letterale o il diritto vivente erano dunque già riguardati come principali ostacoli alla ricerca di una soluzione conforme a Costituzione. Non sarebbe stato poi così difficile cogliere i "risvolti processuali" di questa affermazione. La stessa Corte costituzionale non potrebbe rinunciare all'accoglimento della questione ove realmente la lettera o il diritto vivente costituissero "ostacolo insuperabile" a una soluzione ermeneutica costituzionalmente conforme. Ove il giudice ritenga l'ostacolo "insuperabile", ma la Corte lo valuti invece "superabile", non condividendo la lettura del rimettente, la soluzione ben potrà essere la sentenza interpretativa di rigetto. Viceversa, ove il giudice ritenga non sussistente l'ostacolo, sarà direttamente lui ad offrire la soluzione costituzionalmente conforme, senza coinvolgere la Corte. Il problema principale sta nell'ipotesi in cui la Corte abbia ritenuto possibile un'interpretazione alternativa, in quanto non implausibile, rispetto a quella indicata dal giudice *a quo*, ma gli altri giudici non intendano uniformarsi ad essa. È un'ipotesi possibile, come abbiamo già detto, connaturata alla non vincolatività della decisione interpretativa di rigetto, suscettibile di sfociare persino, come accaduto, in un conflitto tra Corti. Anche al riguardo, Vezio Crisafulli ci forniva già la risposta: nonostante l'efficacia "morale" altissima delle decisioni della Corte, non possono escludersi – scriveva Crisafulli nel 1958 – "casi di ribellione" dei giudici, specie di quelli diversi dal rimettente ("gli altri giudici") e soprattutto a distanza di tempo dalla sentenza costituzionale²⁷. L'unica via per stroncare quella ribellione sarà il successivo accoglimento della questione, proprio per «impedire l'affermarsi di interpretazioni incostituzionali»²⁸.

²⁵ V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 939.

²⁶ V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, 1961, p. 895.

²⁷ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 290 s.

²⁸ V. CRISAFULLI, *Le sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 11 s.

È un sistema che, com'è noto, presuppone la possibilità della doppia pronuncia diacronica, ma che richiede, per avere un senso, che la decisione interpretativa di rigetto sia tendenzialmente rispettata, seguita, che cioè vi sia propensione alla “collaborazione” da parte dei giudici²⁹. Ed è una situazione che tendenzialmente si è verificata nella storia dei rapporti tra la Corte costituzionale e gli altri giudici, diversamente da quanto accaduto nei rapporti tra giudice delle leggi e Parlamento, essendo troppo spesso i moniti del primo inascoltati dal secondo³⁰.

Il mantenimento di questo rapporto collaborativo passa anche, se non soprattutto, per il rispetto da parte della Corte della c.d. dottrina del diritto vivente e delle sue immediate implicazioni. Non si può infatti negare, dal lato del giudice comune, che “costringerlo” a percorrere una soluzione ermeneutica diversa da quella “dominante”, specie se espressa dal giudice di legittimità, significherebbe indurlo a un'interpretazione probabilmente «suicida» («in quanto quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici dei gradi superiori»)³¹ e che, dal lato della Corte costituzionale, optare per una decisione di rigetto o addirittura di inammissibilità per indicare una soluzione conforme a Costituzione diversa da quella espressa dalla Cassazione potrebbe «porre in discussione» o persino «delegittimare» la funzione nomofilattica di quest'ultima³². La decisione interpretativa di ri-

²⁹ Sul “seguito” delle decisioni interpretative v. G. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, pp. 769 ss., nonché la ricerca del Servizio studi della Corte costituzionale dal titolo *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso l'autorità giudiziaria – anni 2000-2005*, pubblicata nella sezione “Studi e ricerche” del sito della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it).

³⁰ Si veda sul punto la riflessione di P. COSTANZO, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, in ID. (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milano, 1995, 4, relativa al «perfezionarsi di un modello “collaborativo” di giustizia costituzionale (terzo rispetto ai ben noti due grandi modelli “accentrato” di derivazione austriaca e “diffuso” di origine statunitense), per il cui assestamento si è rivelata (e permane) decisiva la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, anche in modo arditamente innovativo, ha assecondato le propensioni, diffuse nel sistema, di arricchire la gamma dei moduli della ridetta collaborazione». Dello stesso Autore, per quanto riguarda il versante dei rapporti Corte-legislatore e le implicazioni del perdurante stato di inerzia a seguito dei moniti del giudice delle leggi, si veda *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo di insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, specie paragrafi 6 e 7.

³¹ R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE e C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 111. Il rilievo del «diritto vivente» è tale che la mancata presa in considerazione di soluzioni ermeneutiche alternative ad esso, «eccentriche rispetto al modo in cui le disposizioni vivono», non può ritenersi condizione di inammissibilità della questione (sent. n. 141 del 2019).

³² Così, ancora, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 112.

getto dovrebbe in tali casi essere privilegiata quando la Corte costituzionale intenda confermare il (o conformarsi al) diritto vivente³³, non già quando ritenga che sia da preferire una soluzione ermeneutica diversa da quella scaturita dalla giurisprudenza consolidata, in ragione del fatto che quest'ultima è contraria a Costituzione. Né potrebbe, per eludere il limite che essa stessa si è data, ricorrere allo stratagemma dell'interpretazione conforme a Costituzione del diritto vivente all'apparenza incostituzionale. La Corte non potrebbe, infatti, dire che il diritto vivente «non è incostituzionale se reinterpretato», come pure ha fatto, perché tale affermazione se può valere con riguardo a un testo (sempre nei limiti del suo orizzonte di senso), «ove riferita ad un'interpretazione lascia disorientati»³⁴.

Credo che, riguardata in questi termini, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, pur con le oscillazioni rilevate, abbia riportato l'interpretazione conforme a Costituzione nella casa che la migliore dottrina sembrava aver costruito proprio al fine di contenerne gli eccessi.

4. Oltre i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione (quando a venire in gioco sono altri “conformanti”)

Fuori dal perimetro di questo mio intervento è volutamente rimasto il tema dell'interpretazione conforme al diritto europeo e al diritto internazionale, nella condivisa consapevolezza della sua specificità e dunque diversità. Come è stato mirabilmente scritto da un noto magistrato, «la nozione di interpretazione conforme esprime essenzialmente un concetto di relazione logica, tra un conformante e un conformato» e il «“conformante” – vale a dire ciò che attrae nella sua orbita ermeneutica ed assiologica l'altro termine della relazione – è modello composito e variegato», al punto che la diversità

³³ Come sostenuto da tempo in dottrina. Cfr., almeno: G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 101; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, 339 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 154.

³⁴ Così, con riferimento alla sent. n. 3 del 2015, M. CAREDDA, *Quando “reinterpretare” dovrebbe equivalere ad accogliere*, in *Giur. Cost.*, 2015, 35, la quale aggiunge: «reinterpretare una “norma” significa, infatti, sostituire un'interpretazione a un'altra, perché la seconda e non la prima è conforme a Costituzione. Ma se la prima è “diritto vivente” non si può rinunciare a dichiararla incostituzionale, salvo a voler sacrificare del tutto le esigenze della certezza del diritto in nome della ricerca a tutti i costi della soluzione conforme a Costituzione». Mi pare un buon modo di sviluppare l'intuizione crisafulliana per cui anche il diritto vivente può costituire “resistenza insuperabile” per addivenire a una soluzione conforme a Costituzione. Proprio V. CRISAFULLI, *Il “ritorno” dell'art. 2*, cit., 897, richiamato puntualmente nelle conclusioni della nota di Marta Caredda, affermava, infatti, che «il solo mezzo di cui disponga la Corte per stroncare indirizzi giurisprudenziali incostituzionali consiste nel dichiarare formalmente, in dispositivo, la invalidità della “norma vivente”, anche se, a suo giudizio, fondata sopra una erronea interpretazione».

di «presupposti, di regole (anche non scritte), di prassi, di limiti e di risultati», dimostra «quasi la velleità di ogni approccio olistico a tale concetto»³⁵.

Se la oggettiva diversità dei “conformanti” mi induce a non approfondire il tema, non posso però qui non rilevare, in quanto utile per completezza della trattazione, la recente tendenza al “riaccentramento” del giudizio di costituzionalità, più propriamente a riportare in tale sede il sindacato sulle norme interne che si pongano in contrasto con parametri sovranazionali che abbiano contenuto “di impronta tipicamente costituzionale” e incidano su diritti fondamentali della persona. Se questo è in qualche modo naturale per il rapporto con il diritto convenzionale (si pensi alla giurisprudenza riguardante la CEDU, a partire dalle sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007), appare meno scontato nel rapporto con il diritto comunitario o eurounitario. Esempio di questa tendenza è la sent. n. 269 del 2017, riguardante il sindacato sulle norme interne che si pongano in potenziale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE). Secondo quando confermato anche nella successiva sent. n. 20 del 2019, la Corte ritiene che «i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto “parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”». Quando una legge che incide sui diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione europea – «va preservata l’opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l’ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato». Come ulteriormente precisato nella sent. n. 63 del 2019, laddove «sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della dispo-

³⁵ P. GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Archivio penale*, 2012, n. 1, 3. Tra le variabili indicate da Gaeta assume qui particolare rilievo quella del «contesto», atteggiandosi diversamente l’«ermeneutica conformante» ove rapportata a un “sistema” nazionale o sovranazionale.

sizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione»³⁶. Anche se non può probabilmente affermarsi in tali casi una priorità assoluta per l'incidente di costituzionalità (potendo il giudice, a sua discrezione, ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea), come si evince pure dalla successiva ord. n. 117 del 2019, la precisazione della Corte costituzionale può essere considerata come espressione della precisa volontà di quest'ultima di rimanere il primo riferimento in materia di garanzia dei diritti umani. Insomma, si potrebbe ritenere, riprendendo il filo del discorso che interessa l'interpretazione conforme a Costituzione, che la Corte stia cercando di contenere gli spazi di diffusione del giudizio di costituzionalità, pur non disconoscendo ai giudici poteri rilevanti, nonché ovviamente il persistente potere/dovere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto euro-unitario direttamente applicabile.

Il fenomeno è particolarmente interessante se si riflette sul fatto che all'origine della dilatazione dei poteri interpretativi dei giudici comuni vi è, in buona parte, il mutamento del modo di concepire la stessa funzione giurisdizionale nel sistema italiano conseguente alla sentenza *Simmenthal* della Corte di giustizia del 1978 (e alla successiva sent. n. 170 del 1984 della Corte costituzionale). Il riconoscimento al giudice comune del potere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto comunitario (ora euro-unitario) direttamente applicabile non poteva non avere conseguenze ulteriori, che non si sono infatti limitate al pure rilevante ambito della "diffusione" del controllo in questo campo, ma hanno segnato l'ampliamento dei suoi poteri interpretativi in vista della conformazione del diritto interno al diritto europeo. Il che non poteva non avere riflessi anche sul rafforzamento degli stessi poteri per rispondere all'esigenza di conformazione dei testi normativi a Costituzione. Più prosaicamente: se il giudice può allontanarsi dal significato che sembrerebbe più immediatamente riconducibile al testo per prevenire l'antinomia con il diritto comunitario e dunque evitare la formale disapplicazione, per quale ragione non potrebbe fare altrettanto per assicurare un'immediata conformità a Costituzione di una disposizione evitando di sollevare questione di costituzionalità? Si potrebbe rispondere perché a tale fine c'è

³⁶ Secondo una certa lettura, in conseguenza della sent. n. 269 del 2017 gli spazi di intervento "diretto" del giudice comune sarebbero ormai irrimediabilmente ridotti quando a venire in gioco siano le violazioni dei diritti della persona: così G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, p. 220; in senso analogo, tra gli altri, R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 28 dicembre 2017, nonché L. S. ROSSI, *La sent. 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 31 gennaio 2018.

sempre la possibilità di adire la Corte costituzionale. Il che è senz'altro vero e infatti non è questo che si vuole negare. Ma è indiscutibile che a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, una volta riconosciuto al giudice il potere di addirittura disapplicare la legge (sia pure solo per l'ipotesi di contrasto con il diritto comunitario direttamente applicabile), la percezione del suo ruolo sia radicalmente mutata, anche rispetto all'esercizio degli ordinari poteri di interpretazione sistematica (e conforme a Costituzione). Come a dire – sotto il profilo anche psicologico – che il giudice ben può essersi da allora sentito autorizzato a “spingersi in avanti” nel suo già riconosciuto compito di tentare in ogni modo di ricavare dai testi soluzioni conformi a Costituzione.

5. Oltre il rapporto Corte costituzionale-giudici. L'interpretazione conforme a Costituzione “proposta” dal Presidente della Repubblica

Qualche riflessione conclusiva vorrei dedicare al possibile impiego dell'interpretazione conforme a Costituzione nell'esercizio dei poteri del Presidente della Repubblica in sede di esame delle leggi e degli atti aventi forza di legge finalizzato alla relativa promulgazione o emanazione. Com'è noto, a partire dalla Presidenza Ciampi, si è in tal ambito introdotta la prassi delle motivazioni “con riserva”, nel convincimento che l'esercizio del potere di rinvio o il successivo rifiuto di promulgazione o emanazione possa avvenire solo in caso di palese contrasto con la Costituzione dell'atto sottoposto al vaglio presidenziale. Ma questa prassi sembra aver subito un'interessante evoluzione per il nostro tema nel corso della Presidenza Mattarella.

Vorrei in particolare ricordare le lettere inviate dal Presidente Mattarella in occasione della emanazione del c.d. decreto sicurezza³⁷ e della promulgazione della legge di conversione del c.d. decreto sicurezza *bis*³⁸.

Nella lettera del 4 ottobre 2018, indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri, il Prof. Mattarella ha avvertito «l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano “fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato”, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»³⁹. Mi è sembrato un chiaro invito

³⁷ Si tratta del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, poi convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, intitolato «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*».

³⁸ Si tratta della legge 8 agosto 2019, n. 77, «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*».

³⁹ La lettera è reperibile sul sito www.quirinale.it

– se si vuole un suggerimento interpretativo – a guardare alle disposizioni del decreto-legge come non preclusive di una lettura giurisprudenziale che ammetta, in particolare, forme di protezione umanitaria non previste espressamente, in quanto l'art. 10, terzo comma, Cost. ha carattere precettivo ed è immediatamente operativo, delineando con sufficiente chiarezza la fattispecie che fa sorgere il diritto d'asilo.

Nella seconda occasione, la lettera è stata inviata anche ai Presidenti del Senato e della Camera dei Deputati, in quanto adottata in sede di promulgazione della legge di conversione di un decreto-legge (c.d. decreto sicurezza-*bis*)⁴⁰. In questo caso i rilievi sono stati più articolati e hanno riguardato la sproporzione delle sanzioni amministrative previste per i salvataggi in mare, con seri dubbi sulla loro ragionevolezza e conformità agli obblighi internazionali, nonché la previsione che mira a rendere inapplicabile la causa di non punibilità per la “particolare tenuità del fatto” alle ipotesi di resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale e oltraggio a pubblico ufficiale “quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni”. Nei rilievi può sicuramente cogliersi uno stringente monito rivolto a Parlamento e Governo affinché intervengano sulla disciplina in questione, ma anche, probabilmente, una sollecitazione ai giudici affinché sollevino questioni di costituzionalità, anche per ripristinare – con riguardo al primo dei due aspetti trattati – «la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti» (significativa al riguardo la menzione della sent. n. 112 del 2019 della Corte costituzionale).

Si potrebbe dire che, diversamente dalla prima vicenda, in quest'ultimo caso il testo normativo esaminato presenti una resistenza insuperabile a essere letto in modo conforme a Costituzione, con la conseguente scelta di indirizzare un puntuale monito a Parlamento e Governo affinché esercitino la funzione legislativa nella direzione della rimozione dei potenziali, puntualmente individuati, effetti incostituzionali della nuova normativa, senza che ciò escluda, come già scritto, la possibilità di un intervento “sostitutivo” della Corte costituzionale all'uopo sollecitata da un giudice. Nel primo caso, viceversa, il Presidente della Repubblica pare muoversi proprio nella logica dell'interpretazione conforme a Costituzione, ritenendo che il testo normativo esaminato debba essere letto sistematicamente e che il mancato richiamo agli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato non osti alla loro piena operatività, la quale dovrà essere presumibilmente assicurata dai giudici senza necessità di coinvolgere al riguardo la Corte costituzionale. Il che non vuol dire – per riprendere le considerazioni iniziali – che il giudice debba in tal caso necessariamente “fare da sé”, potendo nella specie ritenere l'interpretazione conforme non praticabile, ravvisando motivati ostacoli al

⁴⁰ La lettera dell'8 agosto 2019 è reperibile sul sito www.quirinale.it

raggiungimento di un esito ermeneutico costituzionalmente compatibile⁴¹. E la risposta della Corte – alla luce del descritto nuovo corso giurisprudenziale – dovrebbe essere espressa nel merito, ben potendo assumere la forma di una sentenza interpretativa di rigetto che confermi il suggerimento interpretativo del Presidente della Repubblica, ove appunto ritenga praticabile la soluzione scartata dal giudice, in virtù di una lettura sistematica e conforme a Costituzione della nuova disciplina.

In questo senso e in questi limiti mi sembra che anche il Presidente della Repubblica possa partecipare proficuamente a quel processo di elaborazione di soluzioni ermeneutiche conformi a Costituzione, che dovrebbe guidare il giudice nella delicata fase della decisione ossia dell'interpretazione dei testi normativi in funzione della loro applicazione.

⁴¹ La stessa Corte costituzionale ha di recente affermato, in occasione di una questione introdotta in via principale, che «la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili» (sent. n. 194 del 2019). Insomma, come sembra desumersi dalla “lettera” del Presidente della Repubblica, puntualmente citata dalla Corte, gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati, potrebbero indurre a un'interpretazione e applicazione conforme a Costituzione della nuova disciplina. Ove questa soluzione ermeneutica apparisse al giudice difficile o improbabile, la Corte potrebbe essere adita in via incidentale, «restando impregiudicata – all'esito della pronuncia n. 194 del 2019 – ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale della disciplina specificamente censurata.

INCIDENTALITÀ E GIUDICI A *QUIBUS*

di Michela Troisi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legittimazione dell'autorità rimettente: dato normativo ed evoluzione della giurisprudenza costituzionale. – 3. La teoria del giudice *a quo* «a limitati fini». – 4. Porte che si chiudono, porte che si aprono: alcuni recenti casi emblematici. – 5. Spunti conclusivi.

1. 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 riveste 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

* Michela Troisi, Ricercatore di diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 170. E ancora, con riguardo al tema delle vie di accesso al giudizio costituzionale, 172, nella parte in cui l'autore afferma che «l'iniziativa è, per così dire, un filtro, che colora di significato complessivo il sistema di controllo di costituzionalità della legge».

² H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, 194.

³ È l'onorevole 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» (corsivo mio). 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. Sul punto, si v., anche, G. D'ORAZIO, *La*

sull'incostituzionalità delle leggi, ma alla natura stessa del modello di giustizia costituzionale considerato⁴.

Come noto, nella prospettiva del costituente italiano, è la via incidentale a costituire la forma di accesso preferenziale al giudizio costituzionale⁵, ragione per la quale la natura mista del modello⁶ 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 comuni⁷.

È la Corte costituzionale, con il vaglio di ammissibilità, ad accertare la sussistenza del requisito soggettivo (il tipo di organo) e oggettivo (il tipo di funzione esercitata) affinché si possa sollevare la questione di legittimità⁸. Il

genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni, Milano, 1981.

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. Sulla possibilità di classificare i diversi modelli di giustizia costituzionale sulla base delle differenti modalità di accesso, si v. anche S. BAGNI, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei «modelli» dottrinali*, Bologna, 2005, 5 ss.

⁵ Per M. Fromont, «l'Italia è la patria del giudizio incidentale». Così in M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, 2013, 115.

⁶ Sulla centralità dell'elemento della pregiudizialità, per la combinazione dell'accesso incidentale con il sindacato accentrato, già A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1982, 521 ss.

⁷ A. M. NICO, *L'accenramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007, 69 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. Sull'interpretazione conforme a Costituzione, affidata alle valutazioni dei giudici rimettenti, si v., da ultimo, M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 3/2019. Di recente, con la decisione n. 191 del 2019, la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile una questione di legittimità sollevata dalla Corte dei conti, relativa alle condizioni per la richiesta di risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione davanti al giudice contabile, in quanto il mancato esame delle diverse interpretazioni possibili ha impedito una verifica sulla rilevanza della questione nel giudizio principale. Sul nesso «non revocabile in dubbio» tra interpretazione adeguatrice e rilevanza della questione, cfr. G. P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 1349.

⁸ Sulla mancanza di un giudice competente a conoscere della questione, quale carenza derivante dall'incidentalità, riconducibile alla questione delle zone d'ombra del giudizio costituzionale, si v., da ultimo, T. GROPPI, *La Corte e la «gente»: uno sguardo «dal basso» all'accesso*

dominio sull'accesso si rivela, dunque, indicatore di un modello «forte» di giustizia costituzionale⁹, in cui la Corte, con ancora maggiore intensità nella più recente fase della evoluzione giurisprudenziale, modula in via interpretativa la verifica di questi requisiti. Ciò, invero, nella prospettiva della realizzazione della massima estensione del sindacato di costituzionalità¹⁰, così da «consentire il più ampio accesso possibile alla giustizia costituzionale ed escludere l'esistenza di "zone franche" dal controllo di costituzionalità»¹¹; con conseguenze, di non poco rilievo soprattutto sul piano sistematico, in ordine alla prevedibilità delle regole che governano il processo costituzionale¹². Se, infatti, il «più solido connotato del carattere giurisdizionale» delle funzioni della Corte costituzionale, «nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità», si fonda su «una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità»¹³, non può non destare qualche perplessità il fatto che la Corte stessa abbia fatto di recente leva sui «propri poteri di gestione del processo costituzionale»¹⁴.

2. La legittimazione dell'autorità rimettente: dato normativo ed evoluzione della 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

incidentale alla giustizia costituzionale, in *Rivista Aic*, n. 2/2019, 418.

⁹ 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.

¹⁰ In senso analogo, di recente, cfr. S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale*, cit., 10.

¹¹ Così in Corte costituzionale, sentenza n. 13 del 2019, punto 3.1 del considerato in diritto.

¹² Sulla connessione tra prevedibilità, certezza del diritto e ragionevolezza, cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, 39-46.

¹³ A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133.

¹⁴ Così in Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018, punto 11 del considerato in diritto. L'assunto è ripreso testualmente nella sentenza n. 242 del 2019, punto 2.5 del considerato in diritto. In relazione al profilo evidenziato, cfr., *ex aliis*, U. ADAMO, *La Corte è "attendista"... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in www.forumcostituzionale.it, 23 novembre 2018; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2019; P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in www.dirittifondamentali.it, n. 1/2019; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it, 19 novembre 2018.

un giudice. L'articolo 23 della legge n. 87 del 1953 precisa che nel corso di un giudizio, dinanzi a un'autorità giurisdizionale, si possa sollevare la questione di legittimità costituzionale¹⁵.

L'assenza di ulteriori precisazioni di diritto positivo¹⁶ ha fatto sì che la Corte interpretasse in maniera eclettica, e non sempre coerente, le nozioni di "giudice *a quo*" e di "giudizio"¹⁷.

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»¹⁸. La Corte, infatti, ha poco dopo evidenziato che non fosse necessaria la concomitanza di entrambi i requisiti per la realizzazione del presupposto processuale richiesto dalla disciplina normativa. In particolare, con la decisione n. 83 del 1966, ha riconosciuto l'ammissibilità di una questione sollevata dal Pretore, come giudice preposto all'esecuzione esattoriale immobiliare, in quanto soggetto appartenente all'autorità giudiziaria ordinaria, pur se non destinato nel caso di specie alla risoluzione di controversie¹⁹. Viene, quindi, ribadito che, al fine di una valida instaurazione

¹⁵ Nell'articolo 1 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale si parla di «causa».

¹⁶ Circa i dubbi ricavabili dal dato normativo, già A. PIZZORUSSO, *Art. 137, Garanzie costituzionali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 212 ss.

¹⁷ In tal senso, già A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, 13, nt. 11, nella parte in cui evidenzia che «è la Corte stessa ad ammettere la latitudine con cui la sua giurisprudenza ha inteso il concetto di giudice». Sull'evoluzione della giurisprudenza, cfr., 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, S. PANIZZA, *L'autorità giudiziaria*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 85 ss.; M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 13-19.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 129 del 1957, punto 1 del considerato in diritto.

¹⁹ Può essere sostenuto che in questa prima fase la Corte privilegia la sussistenza del requi-

del giudizio costituzionale, è sufficiente che ricorra il requisito soggettivo, ossia che il procedimento si svolga «alla presenza o sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale», o, in via alternativa, quello oggettivo, rinvenibile nell'esercizio «di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge»²⁰.

In questa prima fase, tuttavia, la Corte sembra ritenere prevalente che la questione sia sollevata da un'autorità appartenente stabilmente all'ordine giudiziario²¹, anche se l'assenza di poteri decisori è elemento utilizzato, in più di una occasione, per escludere la legittimazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale²².

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 posta da magistrati, ma nell'ambito di procedimenti non aventi natura giurisdizionale, in quanto «l'intervento di un magistrato non può da solo essere ritenuto idoneo ad alterare la struttura di un procedimento meramente amministrativo»²³. La Corte, dunque, ha cura di precisare che, benché l'espressione «giudizio» di cui agli articoli 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e 23 della legge n. 87 del 1953 debba essere inteso in senso lato, «tuttavia è pur sempre necessario che l'intervento del giudice non si espliciti nell'ambito di un procedimento meramente amministrativo nel quale all'organo giurisdizionale non compete alcun potere decisionale in ordine all'applicazione della norma denunciata»²⁴. Il Giudice costituzionale,

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

²⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 83 del 1966, punto 1 del considerato in diritto. A livello esemplificativo, il solo requisito soggettivo è stato ritenuto sufficiente nella pronuncia n. 53 del 1968 (ammissibilità della questione sollevata dal giudice di sorveglianza sull'esecuzione delle pene); il solo requisito oggettivo, invece, è stato valutato sufficiente per fondare la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale da parte della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (autorità, evidentemente, non inserita tra le autorità giurisdizionali) nella decisione n. 12 del 1971. Sul punto, cfr. C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo*, cit., 844. In senso analogo, si v. Corte costituzionale, sentenze nn. 78 del 1971 (Commissione agli usi civici), 114 del 1970 (Consiglio nazionale forense in sede disciplinare) e 103 del 2000 (Consiglio nazionale dei ragionieri e dei periti).

²¹ R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, cit., 67.

²² Si v., a livello esemplificativo, Corte costituzionale, sentenze nn. 109 del 1962 (giudice istruttore civile nel caso in cui la decisione è riservata al collegio), 224 del 1974 (giudice di sorveglianza nel procedimento relativo alla richiesta di grazia) e 415 del 1995 (pubblico ministero).

²³ Così in Corte costituzionale, sentenza n. 96 del 1976. Di tenore analogo, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 335 del 1995, 86 del 2002 e ordinanze nn. 437 del 2000 e 170 del 2005.

²⁴ Corte costituzionale, ordinanza n. 224 del 1974; nonché, cfr. sentenze nn. 437 del 1999 e 216 del 2001.

quindi, e stavolta con riguardo al Collegio centrale di garanzia elettorale, ha evidenziato l'importanza del carattere della definitività dell'attività applicativa della legge espletata, «nel senso dell'idoneità a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato. In tal caso, infatti, ove quella legittimazione non si riconoscesse, ne conseguirebbe la sottrazione della denunciata normativa al controllo di costituzionalità»²⁵. Il richiamato carattere della definitività, evidentemente, incorpora l'esigenza di evitare che la questione resti sottratta al controllo di costituzionalità. L'indagine sulla natura del procedimento, dunque, pare rendere più stringente e restrittivo il controllo della legittimazione a sollevare la questione²⁶.

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»²⁷. Tra gli elementi da cui non si può prescindere per poter parlare di "giudizio"²⁸, pertanto, 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 successivo²⁹.

²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 387 del 1996, punto 2.2 del considerato in diritto. Sul punto, si v. F. RIGANO, *Rimane chiusa la porta della Corte costituzionale agli organi che non esercitano la giurisdizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3611 ss.

²⁶ In senso critico, A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale*, cit., 70, nella parte in cui l'autore evidenzia che queste restrizioni «persuadono meno se ci si pone nel delineato orientamento di tendenziale ampliamento dell'accesso, ricostruito come questione "altra" rispetto a quella della natura delle attività svolte, a salvaguardia effettiva e tempestiva del principio di costituzionalità».

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 164 del 2008, punto 2.1 del considerato in diritto.

²⁸ Sul punto, in maniera sistematica, cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 142-143, secondo il quale la legittimazione a sollevare sussiste qualora l'organo, anche se non incardinato in un ordine giudiziario, «risulti legittimato a decidere definitivamente (ovvero in via ultimale) sull'interpretazione/applicazione di una norma; 2) sia in posizione di radicale "terzietà"; 3) giudichi nel contraddittorio con gli interessati».

²⁹ 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, sentenza n. 387 del 1996. Si evidenzia che, tuttavia, in altri casi, il Giudice costituzionale privilegia indici di svolgimento della funzione giurisdizionale diversi dalla definitività della decisione, come l'indipendenza, la sussistenza del contraddittorio e l'applicazione obiettiva di norme giuridiche.

3. La teoria del giudice *a quo* «a limitati fini»

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 legittimità³⁰, dall'altro, ha costituito la spinta necessaria affinché la Corte costituzionale elaborasse la controversa teoria dei «limitati fini»³¹, così da ritenere legittimati a sollevare la questione di costituzionalità anche autorità rimettenti estranee all'ordine giudiziario, senza incorrere 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

³⁰ Sulle ragioni da cui deriva la difficoltà di sottoporre una legge al controllo di costituzionalità, si v. R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2015, 15. In materia elettorale, come noto, ci si è interrogati circa la legittimazione a sollevare la questione di legittimità da parte sia dei collegi, centrali e regionali, di garanzia elettorale, sia della giunta delle elezioni in sede di verifica dei poteri ai sensi dell'articolo 66 Cost. (sul punto, *ex aliis*, cfr. A. ODDI, *La nozione di «giudice a quo»*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 50-52, par. 5 e la bibliografia ivi richiamata; nonché, in una prospettiva che valorizza l'iniziativa di parte, S. LIETO, *Per un incremento di latitudine del controllo di costituzionalità. Estensione del concetto di giurisdizione per l'accesso in via incidentale, a partire dalla verifica dei poteri delle Camere*, in *Rivista Aic*, n. 1/2014). Il superamento della suddetta zona franca, tuttavia, si è realizzato incidendo sui profili della pregiudizialità e della rilevanza del giudizio incidentale in materia elettorale, motivo per il quale, nella prospettiva di chi scrive, la questione esula dall'esame del presente contributo. Sul punto, cfr., tra i più critici, almeno S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2014; A. ANZON DEMMING, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità)*, in *Nomos* 1/2013; R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it*, I, 1836 ss.; di recente, A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Napoli, 2017; nonché, G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018. Sul profilo della rilevanza, la Corte è intervenuta anche per aprire al sindacato di legittimità sulla eterogenea categoria delle norme penali di favore. Sul tema, cfr., almeno, A. BONOMI, *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*, cit., 143-156; nonché, più di recente, A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Padova, 2017.

³¹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 179, nella parte in cui qualifica questa giurisprudenza come un «punto di arrivo» nel tentativo di definire più precisamente cosa si debba intendere per giudice *a quo*.

della questione»³². E, soprattutto, con la «storica sentenza»³³ n. 226 del 1976, ha ritenuto ammissibile la questione sollevata dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo sugli atti del governo³⁴, 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, anziché 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 esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte»³⁵. Si tratterebbe, come evidenziato³⁶, dell'esplicitazione di «un'esigenza di presidio sostanziale del principio di legittimità costituzionale», che, invero, rende il giudizio *a quo* quale mera occasione per adire la Corte, dal momento che le parti non ci sono e l'interesse è prevalentemente volto all'eliminazione delle leggi incostituzionali e non alla tutela delle posizioni in gioco davanti all'autorità rimettente³⁷.

A ciò sembra aggiungersi che, in tale caso, il controllo da parte della Corte è su una legge di delega: con la conseguenza che, pur se successivo nella forma, diventa preventivo nella sostanza, dal momento che, benché l'oggetto dello scrutinio sia la legge di delega già efficace, il controllo posto in essere impedisce l'entrata in vigore del decreto legislativo approvato sulla base della legge di delega³⁸. La Corte, dunque, non qualifica la funzione di controllo

³² Corte costituzionale, sentenza n. 12 del 1971.

³³ A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*, cit., 52 ss.

³⁴ Questa forma di accesso al giudizio costituzionale è stata poi positivizzata dall'articolo 27, comma 1, della legge n. 340 del 2000, nella parte in cui prevede la sospensione dei termini di conclusione del procedimento di controllo nei casi in cui la «sezione abbia sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'articolo 81 Cost., delle norme aventi forza di legge che costituiscono il presupposto dell'atto».

³⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 226 del 1976.

³⁶ 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*, n. 18/2018.

³⁷ In tal senso, G. AMATO, *A prima lettura. Il Parlamento e le sue Corti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 1987. Sul punto, tra i primi, cfr. F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione del giudizio sulle leggi, Milano, 1972. In chiave critica, cfr. A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 225, nt. 32, in cui si legge che «non è tanto il giudizio costituzionale "astratto" o "concreto", quanto il suo oggetto (la disposizione in astratto/la norma vivente in concreto)»; A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polise-mia di un concetto*, in *Jus*, 1994, 91 ss.

³⁸ Così in F. PIZZETTI, *Corte dei conti tra Corte costituzionale e Parlamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 2052.

della Corte dei conti come giurisdizione, ma individua lo «spazio di un nuovo giudice e giudizio *a quo*»³⁹ al solo fine di consentire che siano proposte questioni di legittimità costituzionale che, altrimenti, non sarebbero potute arrivare davanti al Giudice costituzionale o sarebbero state sollevate tardivamente.

L'interesse generale all'eliminazione delle leggi illegittime si può ritenere anche alla base della decisione che ha allargato la legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale in favore dei collegi arbitrali. In questo caso, la Corte costituzionale, «*ai limitati fini* che qui interessano», ricorda che, per aversi legittimazione, è sufficiente che sussista «esercizio di "funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge" da parte di soggetti, "pure estranei all'organizzazione della giurisdizione", "posti in posizione *super partes*"»⁴⁰. La stessa, dunque, evidenzia di non volersi addentrare nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, limitandosi a evidenziare che si tratta di un procedimento per l'applicazione obiettiva del diritto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità. Invero, era al tempo consolidato un orientamento in dottrina volto a negare la legittimazione a sollevare dei collegi arbitrali, ritenendo semmai doveroso per tale riconoscimento un intervento legislativo⁴¹. D'altronde, alla Corte non potevano non essere note le difficoltà riguardanti la sottoposizione al controllo di costituzionalità della legge ritenuta incostituzionale, nel caso in cui non si fosse aperta la strada all'instaurazione del giudizio di legittimità da parte dello stesso collegio arbitrale⁴².

³⁹ A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*, cit., 148.

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 376 del 2001, punto 2 del considerato in diritto (corsivo mio).

⁴¹ Così in F. AULETTA, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, 820 ss. L'esplicito riconoscimento normativo del collegio arbitrale quale giudice *a quo* si è realizzato successivamente con il decreto legislativo n. 40 del 2006, in cui si prevede la sospensione del procedimento quando gli arbitri rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità. Sul punto, cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 223 del 2013, punto 4 del considerato in diritto, in cui la Corte precisa che anche se «l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale». In tema, si v., da ultimo, T. E. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2018.

⁴² Su cui, per una ricognizione critica, si v. R. PINARDI, *Quando l'arbitro diventa portiere (della Corte): notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 3747-3756. L'autore osserva che nella decisione si giunge «ad una valorizzazione dell'interesse generale all'eliminazione delle leggi illegittime ... dimostrando tra l'altro che per eliminare alcune "strozzature" che ancora caratterizzano l'iniziativa incidentale, si può bene operare, all'interno dell'attuale quadro normativo, in via interpretativa», 3756; di «criterio elastico» nella valutazione dei presupposti stabiliti per l'accesso al

Poco dopo, con la decisione n. 254 del 2004, la Corte costituzionale dichiara inammissibile una questione di legittimità sollevata dal Consiglio di Stato, in sede di emanazione di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. In questa pronuncia, la Corte riconosce natura amministrativa e non giurisdizionale al suddetto procedimento, trattandosi di un parere tecnico-giuridico in senso stretto, in contrasto con la pronuncia della Corte di giustizia UE che, poco prima, aveva riconosciuto l'idoneità del Consiglio di Stato, anche in tale sede, ad essere considerato alla stregua di una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 177 (ora 267 del TFUE) del TCE. L'autorità rimettente aveva evidenziato le analogie esistenti con il caso della riconosciuta legittimazione in favore della Corte dei conti in sede di controllo di legittimità degli atti del governo. Tuttavia, la Corte, «in modo assai conciso e, in taluni passaggi, addirittura sbrigativo»⁴³, considera inammissibile il ricorso, asserendo che, invero, l'apertura della legittimazione a favore della Corte di conti in sede di controllo preventivo di legittimità è stata motivata «anzitutto dall'esigenza di sottoporre a scrutinio di costituzionalità leggi che *altrimenti ad esso sfuggirebbero* (v. sentenza n. 226 del 1976, par. 3 del *Considerato in diritto*, parte finale)»⁴⁴. Successivamente, sarà il legislatore a definire la natura giurisdizionale di questo istituto, prevedendo altresì espressamente la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare la questione di costituzionalità nella relativa sede consultiva⁴⁵.

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 sollevano⁴⁶.

giudizio costituzionale, si v. R. ROMBOLI, *La giustizia e la Corte costituzionale*, in AA. VV., *La riforma costituzionale, Atti del Convegno Roma, 6-7 novembre 1998*, Padova, 1999, 436, nella parte in cui si riferisce specificamente alla «nozione di "autorità giudiziaria", la quale potrebbe essere estesa a quei soggetti che si trovano ad operare in posizione istituzionalmente analoga a quella del giudice (CSM, autorità amministrative indipendenti, Corte dei conti, pubblico ministero)».

⁴³ L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, 14.

⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 254 del 2004, punto 3 del considerato in diritto (corsivo mio).

⁴⁵ La legge n. 69 del 2009 modifica la procedura del ricorso straordinario, rendendo il parere del Consiglio di Stato obbligatorio e vincolante. Sulle perplessità in ordine alla previsione legislativa di un nuovo giudice *a quo*, si v. N. PIGNATELLI, *Il ricorso straordinario: il legislatore impone alla Corte costituzionale la propria nozione di giudice «a quo»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009, 923-925.

⁴⁶ Sull'uso della motivazione nelle decisioni della Corte costituzionale, cfr., almeno, A. SARTTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

Nella prospettiva di allargare il controllo di costituzionalità e di evitare che permangano zone franche sottratte al vaglio di legalità costituzionalità, vi è da considerare anche il ruolo della Corte costituzionale quale giudice *a quo*⁴⁷. La Corte, infatti, pur non qualificandosi inizialmente come «giudice»⁴⁸, ha riconosciuto a se stessa la legittimazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale già negli anni Sessanta, affermando, in un conflitto di attribuzione tra lo Stato e la Regione Sicilia, che non si potesse ritenere che «proprio la Corte costituzionale – che è il solo organo competente a decidere le questioni di costituzionalità – sia tenuta ad applicare leggi incostituzionali, ovvero debba limitarsi a disapplicarle senza mettere in moto il meccanismo destinato a condurre, se del caso, all’eliminazione, con effetti *erga omnes*, delle norme incostituzionali»⁴⁹. Di recente, la Corte ha sollevato una questione di legittimità nell’ambito di un giudizio in via principale, qualificandosi quale giudice in senso sostanziale, «ai limitati fini del giudizio costituzionale»⁵⁰.

Deve, inoltre, rammentarsi che la stessa, mutando parzialmente il suo orientamento, ma di fatto facendo propria la teoria dei “limitati fini”, si è riconosciuta espressamente quale “giudice” ai fini del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea, affermando che «pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell’ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell’art. 137, terzo comma, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE»⁵¹. Tale

⁴⁷ Sul tema, diffusamente, già B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, 1985. Di recente, valorizzando l’esigenza di aggredire le zone franche, si v. F. MARONE, *Sindacato della Corte costituzionale in materia elettorale e coerenza processuale: la strada non coltivata dell’autorimessione*, in *Rivista Aic*, n. 1/2018.

⁴⁸ Così in Corte costituzionale, sentenza n. 13 del 1960. Sulla difficile armonizzazione tra la giurisprudenza costituzionale che riconosce la Corte quale “giudice *a quo*” e la negazione del carattere giurisdizionale della stessa, si v. G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA. Vv., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 105 ss.

⁴⁹ Corte costituzionale, ordinanza n. 22 del 1960.

⁵⁰ Così R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 50. Si tratta della questione sollevata con l’ordinanza n. 114 del 2014, riguardante il meccanismo di controllo delle leggi siciliane, poi accolta con la decisione n. 255 del 2014.

⁵¹ Corte costituzionale, ordinanza n. 108 del 2008. Sul punto, cfr., almeno, S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 898-903; E. M. GENNUSA, *Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: la Corte costituzionale come giudice europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 612-615; P. ZICCHITTU, *Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: verso il superamento della teoria dualista?*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 615-619.

possibilità, a partire dall'ordinanza n. 207 del 2013, è stata poi estesa anche al caso di giudizi promossi in via incidentale⁵².

Questa volta incidendo sull'allargamento della nozione di "giudizio", invece, la Corte ha di recente riconosciuto la legittimazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale alla Corte di cassazione, nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, così come previsto dall'articolo 363, comma 3, del c.p.c. Il Giudice costituzionale ha ritenuto «indubitabile che la Corte di cassazione sia organicamente inserita nell'ordine giudiziario» ma, soprattutto, indiscussa «l'inerenza alla funzione giurisdizionale dell'enunciazione del principio di diritto da parte del giudice di legittimità, quale massima espressione della funzione nomofilattica che la stessa Corte di cassazione è istituzionalmente chiamata a svolgere»⁵³. La Corte di cassazione, nel giudizio principale, aveva rilevato che fossero venute meno le condizioni per esprimersi sul ricorso, stante il sopravvenuto difetto di interesse, ma di come la particolare importanza della questione giustificasse l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge⁵⁴, in un «tipo di giudizio svincolato dall'esigenza di composizione degli interessi delle parti, ed interamente rivolto alla soddisfazione dell'interesse generale ed oggettivo all'esatta interpretazione della legge»⁵⁵. Lasciando sullo sfondo il dibattito processuale circa la natura del procedimento di cui all'articolo 363 c.p.c., è bene evidenziare che il Giudice costituzionale è così pervenuto ad una pronuncia di ammissibilità della questione «ai limitati fini del giudizio costituzionale»⁵⁶, nella prospettiva di un ampliamento delle vie di accesso al sindacato di costituzionalità, considerando prevalente, secondo alcuni, «l'esigenza di rendere giustizia costituzionale» rispetto a «presunte ragioni formali»⁵⁷.

⁵² Su cui G. REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in *www.diritticomparati.it*, 2013; nonché, U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 luglio 2013.

⁵³ Così in Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 2015, punto 2.4 del considerato in diritto.

⁵⁴ La questione di legittimità costituzionale aveva ad oggetto l'articolo 3, comma 1, del d.lgs. n. 77 del 2002, nella parte in cui, prevedendo il requisito della cittadinanza italiana, escludeva i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato italiano dalla possibilità di essere ammessi a prestare il servizio civile nazionale.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 2015, punto 2.1 del considerato in diritto.

⁵⁶ R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'articolo 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta Online*, 5 maggio 2015, II, 360.

⁵⁷ Così in M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in *Rivista Aic*, n. 1/2015, 7, anche nella parte in cui precisa che «sono le regole processuali che si devono piegare alle (o meglio devono essere lette in funzione delle) esigenze del diritto costituzionale sostanziale, del "rendere giustizia costituzionale", e

4. Porte che si chiudono, porte che si aprono: alcuni recenti casi emblematici

Recentemente, la Corte è intervenuta con decisioni di particolare rilevanza sul governo dell'accesso al giudizio di costituzionalità, conformando la propria strumentazione concettuale «secondo un criterio di elevata elasticità»⁵⁸, così da generare un certo interesse della dottrina sul tema.

Con la decisione n. 13 del 2019, il Giudice costituzionale nega l'ammissibilità di una questione di legittimità sollevata dall'Autorità garante del commercio e del mercato (Agcm), riguardante l'applicazione delle regole antitrust nei confronti dell'attività espletata dal Consiglio notarile di Milano⁵⁹. Eppure, nell'ordinanza di rimessione del 3 maggio 2018, l'Agcm aveva tentato di fondare la propria legittimazione a qualificarsi come "giudice *a quo*" sulla sua posizione di imparzialità e di indipendenza (negata poi dalla Corte), sull'esclusione di qualsiasi apprezzamento discrezionale nell'espletamento della propria attività e sulla presenza delle garanzie del principio del contraddittorio⁶⁰.

La Corte, con la decisione n. 13, esclude la legittimazione a sollevare la questione da parte dell'Autorità, in quanto non viene ravvisata la sussistenza dell'essenziale requisito della terzietà, dal momento che l'Autorità stessa è parte (resistente) del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti⁶¹. Tuttavia, è l'argomento della mancata esi-

non viceversa. Alzare quello scudo, in nome di astratte simmetrie formali, significherebbe trascurare questa fondamentale esigenza, ancorché dalla norma censurata sia messa in gioco la possibilità stessa di esercizio di un dovere il cui spontaneo adempimento può senz'altro contribuire allo sviluppo della persona».

⁵⁸ S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in www.federalismi.it, n. 13/2019, 1.

⁵⁹ La questione di legittimità riguarda gli articoli 93-ter, comma 1-bis, della legge n. 89 del 1913 e 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990, in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, comma 1, della Costituzione.

⁶⁰ Su tale ordinanza, si v., almeno, L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie di accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in www.federalismi.it, n. 14/2018; nonché, M. CLARICH, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, n. 15/2018.

⁶¹ In senso critico, tra i primi, si v. G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2019, 138 ss., secondo il quale i maggiori profili di insoddisfazione della pronuncia sono costituiti dalla qualificazione dei poteri dell'Autorità Antitrust, fosse solo per quell'indipendenza che ne contraddistingue la natura. Per un inquadramento del tema, si v. S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, ammini-*

stenza di una zona franca (o zona d'ombra) in materia a sembrare dirimente nell'argomentazione del Giudice costituzionale⁶². Quest'ultimo, infatti, ricorda che «esiste una sede giurisdizionale *agevolmente* accessibile in cui può essere promossa la questione di legittimità»⁶³. Come noto, i provvedimenti dell'Autorità sono impugnabili davanti al giudice amministrativo, in particolare davanti al T.a.r. Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del decreto legislativo n. 104 del 2010, che delinea un caso di competenza funzionale inderogabile⁶⁴. La Corte precisa, nel caso di specie, che l'eventuale atto di archiviazione dell'Autorità garante, che dovesse precludere il prosieguo del procedimento sanzionatorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano, potrebbe essere certamente impugnato dal notaio segnalante e da quello interveniente, che appaiono plausibilmente interessati alla prosecuzione del procedimento funzionale all'accertamento della condotta ritenuta anticoncorrenziale. Sullo sfondo della pronuncia, probabilmente, lo scarso tono costituzionale, nella considerazione della Corte, delle questioni coinvolte⁶⁵.

Successivamente, il Giudice costituzionale, con la decisione n. 18 del 2019, per la prima volta ammette la legittimazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale da parte di una 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, in sede di controllo sulla corretta attuazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale⁶⁶.

strativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese, Bologna, 1996; nonché, di recente, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, 60 ss., soprattutto nella parte in cui l'autore si sofferma sul profilo della «neutralità».

⁶² Sulla pretesa esistenza di una zona franca o di una zona d'ombra, d'altronde, la stessa ordinanza di rimessione dell'AGCM si rivela contraddittoria. Sulla debolezza teorica dell'argomento utilizzato dalla Corte, che non enuncia con nitidezza la natura dell'Autorità, si v. S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, cit., 4-5. Sulla distinzione tra zona franca e zona d'ombra, si v., di recente, P. ZICCHITTO, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, 2017, 5 ss.

⁶³ Corte costituzionale, sent. n. 13 del 2019, punto 7 del considerato in diritto (corsivo mio).

⁶⁴ Sul punto, già G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma, 2001, 165, secondo il quale «se, com'è sicuro, l'alternativa è fra organo giurisdizionale e organo non giurisdizionale o amministrativo, non è contestabile la qualificazione dell'Antitrust come organo amministrativo, i cui atti sono sottoposti al controllo giurisdizionale».

⁶⁵ 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*, cit., 16-17.

⁶⁶ Di recente, è stata sollevata una nuova questione di legittimità, ordinanza n. 108 del 2019, con cui la Sezione regionale di controllo per la Calabria ha impugnato il c.d. decreto Salva Reggio Calabria.

Nel merito, la Corte annulla la disposizione impugnata per contrasto con gli articoli 81 e 97 della Costituzione, nella parte in cui consente agli enti locali di ripartire il disavanzo nell'arco di un trentennio, determinando in tal modo anche una espansione della spesa corrente. In particolare, viene riconosciuta, innanzitutto, la violazione dell'equilibrio di bilancio (per la maggiore spesa corrente autorizzata nel trentennio) e della sana gestione finanziaria. La Corte precisa che il principio dell'equilibrio di bilancio «non corrisponde ad un formale pareggio contabile»⁶⁷, in quanto risulta intrinsecamente collegato alla ricerca continua di una stabilità economica che sia di media e lunga durata. A ciò si aggiunge l'inosservanza dell'equità intergenerazionale (in quanto il ripiano trentennale andrebbe a ricadere sui futuri amministrati a fronte di spese correnti e non di investimento)⁶⁸ e la violazione del principio di rappresentanza democratica. In relazione a tale ultimo aspetto, la Corte precisa che «nessuno degli amministratori eletti o *eligendi* sarà nelle condizioni di presentarsi al giudizio degli elettori separando i risultati direttamente raggiunti dalle conseguenze imputabili alle gestioni pregresse. Lo stesso principio di rendicontazione, presupposto fondamentale del circuito democratico rappresentativo, ne risulta quindi gravemente compromesso»⁶⁹.

Il Giudice delle leggi argomenta in ordine alla sussistenza del presupposto della legittimazione oggettiva della Corte dei conti anche in sede di controllo (che, come già era stato evidenziato, sembra poggiare su «fragili basi teoriche»⁷⁰), inquadrando la funzione di vigilanza-ingerenza, sui bilanci degli enti locali⁷¹ nella categoria dei controlli di legittimità-regolarità⁷², se

⁶⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2019, punto 5 del considerato in diritto.

⁶⁸ Sull'utilizzo di tale parametro, cfr. G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018.

⁶⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2019, punto 5.3 del considerato in diritto. Sulla «contabilità di mandato», cfr., anche, Corte costituzionale, sentenze nn. 228 del 2017, 247 del 2017, 184 del 2016; nonché, da ultimo, Corte dei conti, SS. RR. Speciale composizione, sent. n. 28 dell'8 ottobre 2019. Sul punto, si v. C. BERGONZINI (a cura di), *Costituzione e bilancio*, Milano, 2019, in cui si legge che la «contabilità di mandato» costituisce «il sale della democrazia, poiché la fiducia elettorale dovrebbe essere conferita, negata o confermata a secondo della concreta capacità di proporre e attuare programmi secondo costi sostenibili», e G. BOGGERO, *La Corte costituzionale mette un freno al deficit spending degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future*, in *www.diritticomparati.it*, 2019.

⁷⁰ G. RIVOSECCHI, *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 *www.federalismi.it*, n. 13/2017.

⁷¹ Così come disciplinata dall'articolo 243-*quater*, comma 6, del Testo unico degli enti locali.

⁷² Così già in Corte costituzionale, sentenze nn. 40 e 39 del 2014 e n. 60 del 2013. Con queste pronunce, viene superato un precedente orientamento, espresso da ultimo nella deci-

non addirittura in «attribuzioni di natura giurisdizionale»⁷³, pur non essendo irrilevante nella sua argomentazione la particolare posizione istituzionale della Corte dei conti (a cui sono connesse una pluralità di garanzie in termini di indipendenza, imparzialità e di terzietà).

La Corte, quindi, si sofferma sulla specificità dei compiti della Corte dei conti «nel quadro della finanza pubblica»⁷⁴, evidenziando la necessità di ammettere al sindacato costituzionale «leggi che, come nella fattispecie in esame, più *difficilmente* verrebbero per altra via, ad essa sottoposte»⁷⁵. Non manca inoltre di evidenziare che, proprio in relazione all'osservanza di norme poste a tutela della sana gestione finanziaria e degli equilibri di bilancio⁷⁶, 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»⁷⁷. Lo scopo primario della Corte, infatti, pare essere quello di non rendere «sfuggente»⁷⁸ il parametro dell'articolo 81⁷⁹, anche in considerazione del fatto che proprio la Corte abbia qualificato il bilancio quale «bene pubblico» (sent. n. 184 del 2016)⁸⁰.

Deve rammentarsi, infatti, che, se non fosse riconosciuta la qualifica di «giudice *a quo*» alla Sezione regionale di controllo, la stessa dovrebbe limi-

sione n. 37 del 2011, in cui si parlava di un mero controllo di gestione. L'orientamento della Corte è mutato dopo la riforma del 2012, introdotta dal d. l. n. 174.

⁷³ Così in Corte costituzionale, sentenza n. 228 del 2017, punto 4 del considerato in diritto.

⁷⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2019, punto 3 del considerato in diritto.

⁷⁵ *Ibidem*. D'altronde, anche l'ordinanza di rimessione della Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Campania, n. 70 del 2018, 19-21, richiama la necessità di aggredire le zone franche del giudizio di costituzionalità.

⁷⁶ 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 www.diritticomparati.it, 2019.

⁷⁷ S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, cit., 6.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Sulla parametricità del nuovo articolo 81 nel giudizio incidentale, si v. M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016, 84 ss.; sull'auspicio di una piena giustiziabilità dell'equilibrio dinamico di bilancio come clausola generale, «capace di colpire ogni norma che produce effetti perturbativi sullo stesso e volta a garantire la sana gestione finanziaria degli Enti», E. CAVASINO, *Controllo contabile e controllo di costituzionalità delle leggi: una diversa prospettiva sul giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Le Regioni*, fasc. 1, gennaio-febbraio 2019, 69.

⁸⁰ Su cui, cfr. G. DELLEDONNE, *Le leggi regionali di contabilità, dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2012. Alcune considerazioni sulla sentenza n. 184/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2016; nonché, diffusamente, M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico*, Roma, 2017.

tarsi ad approvare o meno il piano presentato dall'ente, senza la possibilità di dubitare della legittimità della legge su cui il piano si fonda. Solo le sezioni riunite in speciale composizione⁸¹, nella forma di un giudizio che (si evidenzia) risulta a istanza di parte, potrebbero sollevare la suddetta questione di legittimità. Infatti, l'articolo 243 *quater* del TUEL, comma 5, stabilisce che «la delibera di approvazione o di diniego del piano può essere impugnata entro 30 giorni, nelle forme del giudizio ad istanza di parte, innanzi alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione che si pronunciano, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione, entro 30 giorni dal deposito del ricorso». Ma, evidentemente, l'ente non avrebbe nessun interesse ad impugnare una delibera di approvazione di un piano che si basa su una legge favorevole, pur se in ipotesi di dubbia costituzionalità.

Ad una *ratio* analoga sembrano rispondere gli orientamenti espressi dalla Corte in due recenti pronunce (sentt. nn. 196 del 2018 e 146 del 2019), in cui, in sede di giudizio di parificazione (principale strumento per garantire il principio di continuità degli esercizi finanziari)⁸², il Giudice costituzionale 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 *ex art.* 117 della Costituzione, e non solo per la violazione dei parametri di cui agli articoli 81 e 119, comma 6. Ciò, segnatamente, laddove l'intervento regionale produttivo di spesa alteri i «criteri dettati dall'ordinamento ai fini della sana gestione della finanza pubblica allargata»⁸³. In relazione a queste ipotesi, il giudice contabile ha cura di precisare che la legislazione regionale che destina nuova risorse, in assenza

⁸¹ Così come risulta dal nuovo codice di giustizia contabile (adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124), *ex* articolo 11, comma 6, lett. A), secondo il quale «le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi: a) in materia di piani di riequilibrio degli enti territoriali e ammissione al Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali».

⁸² Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 89 del 2017, punto 5.1 del considerato in diritto.

⁸³ Corte costituzionale, sentenza n. 196 del 2018, punto 2.1.2 del considerato in diritto. La questione di legittimità ha ad oggetto due disposizioni di legge della Regione Liguria (l'articolo 10 della legge n. 10 del 2008, istitutiva della vice-dirigenza, e l'articolo 2 della legge n. 42 del 2008, che ne disciplinava la retribuzione) per violazione degli articoli 117, comma 2, lett. l), e 81, comma 3, della Costituzione. Nella prospettiva della Corte, la lesione della sfera di competenza statale si riverbera sull'equilibrio della finanza pubblica, dal momento che l'istituzione del ruolo della vice-dirigenza, in una materia che si colloca al di fuori della competenza regionale, comporta l'illegittimità non solo di questa disposizione, ma anche di quella che ne riversa gli effetti sul bilancio della Regione. Sulla decisione, si v. M. BERGO, *Le funzioni della parifica della Corte dei conti alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *La rivista della Corte dei conti*, n. 4/2019, 45 ss.

di diretti controinteressati, «non potrebbe *agevolmente* essere sottoposta al giudizio di questa Corte per altra via che non sia il giudizio di parificazione»⁸⁴. È vero sì che le decisioni sono solo potenzialmente definitive e giustiziabili tramite l'impugnazione alle Sezioni riunite in speciale composizione⁸⁵, ma, mancando diretti controinteressati, tale impugnazione non appare quantomeno probabile. Si profila, dunque, l'esistenza di una zona d'ombra "di fatto", che si riflette sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni sottoposte allo scrutinio della Corte costituzionale. Ai limitati fini di questo giudizio e in considerazione delle peculiarità di esso, viene così riconosciuta la legittimazione della Corte dei conti a rivestire il ruolo di giudice *a quo*⁸⁶.

Riguardo al giudizio di parifica, è doveroso precisare che la Corte costituzionale, pur ribadendo che trattasi di attività non immediatamente ascrivibile alla «funzione giurisdizionale in senso stretto»⁸⁷, ha oramai da tempo riconosciuto la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità⁸⁸. Cosicché, come di recente chiarito, «la rimettente Corte dei conti, in sede di giudizio di parificazione del bilancio, è legittimata a promuovere questione di legittimità costituzionale avverso le disposizioni di legge che determinano, nell'articolazione e nella gestione del bilancio stesso, effetti non consentiti dai principi posti a tutela degli equilibri economico-finanziari e dagli altri precetti costituzionali, che custodiscono la sana gestione

⁸⁴ *Ibidem* (corsivo mio).

⁸⁵ L'impugnabilità delle decisioni attesta il carattere non meramente collaborativo ma lesivo del suddetto controllo, così in A. BALDANZA, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni controlli*, Milano, 2018, 1440 ss.

⁸⁶ In merito alla rilevanza della questione, la Corte ritiene che poiché «compito della Corte dei conti, in sede di parifica del rendiconto generale della Regione, è accertare eventuali «irregolarità suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti» (art. 1, comma 3, del d. l. n. 174 del 2012), nella specie il rimettente ha ritenuto di non poter parificare il capitolo di spesa in esame e ha sollevato la richiamata questione di legittimità costituzionale, sull'assunto che solo l'accoglimento della medesima questione potrebbe impedire la parificazione della voce, con conseguente eliminazione della spesa contestata». In senso critico in relazione alla sussistenza di tale requisito, si v. M. PIERONI, C. FORTE, ... *Ancora sulla sentenza n. 196 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3/2019, 102-103, laddove gli autori ipotizzano che una più corretta messa a fuoco della finalità del giudizio di parificazione avrebbe condotto a ritenere la questione irrilevante, perché l'ambito di detto giudizio risulta «strettamente calibrato in ordine al riscontro della sussistenza della copertura finanziaria delle leggi di spesa e alla verifica del rispetto dell'equilibrio di bilancio».

⁸⁷ Così in Corte costituzionale, sentenza n. 89 del 2017, punto n. 2 del considerato in diritto.

⁸⁸ Su tale profilo, per un *excursus*, si v. G. RIVOCSECCI, *La parificazione dei rendiconti regionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.federalismi.it*, par. 3, n. 15/2019.

finanziaria»⁸⁹. Pur nella consapevolezza che la sindacabilità delle leggi in queste ipotesi si assicuri solo a consuntivo dell'esercizio finanziario (cioè, evidentemente, quando gli effetti contabili e amministrativi della eventuale lesione dell'articolo 81 siano già stati posti in essere)⁹⁰, non può non essere evidenziato come il giudizio di parifica costituisca una valida porta di ingresso al giudizio costituzionale in vista della tutela della legalità costituzionale finanziaria.

Come anticipato, la principale novità delle decisioni citate consiste nell'ampliamento del parametro di costituzionalità. E tale ampliamento viene giustificato soprattutto in ragione delle difficoltà riscontrate ad adire la Corte costituzionale. In questo caso, evidentemente, non si tratta di una vera e propria zona franca, 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 (soprattutto in ragione della carenza di interesse a promuovere il giudizio principale a partire dal quale potrebbe essere sollevata l'eccezione di incostituzionalità), siano sottoposte allo scrutinio di costituzionalità⁹¹. Come noto, il Governo può impugnare le leggi regionali che eccedono la loro competenza, entro sessanta giorni dalla pubblicazione. Non può non evidenziarsi la scarsa effettività di tale forma di accesso, dovuta, in primo luogo, alla natura essenzialmente politica di questo ricorso (benché la Corte stessa abbia più di una volta richiamato lo Stato a interpretare in modo coerente e imparziale il suo ruolo di custode della finanza pubblica allargata)⁹². A ciò deve aggiun-

⁸⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2015, punto 2 del considerato in diritto.

⁹⁰ In tal senso, già G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista Aic*, n. 3/2012, 5, nella parte in cui ipotizza che «chiusa la gestione ed effettuate le spese autorizzate, si può solo immaginare che la sentenza della Corte costituzionale dichiarativa dell'incostituzionalità per il superamento del tetto al disavanzo obblighi lo Stato a iscrivere la quota eccedente il limite consentito come "posta passiva" nel bilancio dell'anno successivo a quello in cui cade la pronuncia, con effetto assimilabile all'imposizione di una sanzione economica».

⁹¹ Su leggi di spesa e zone d'ombra, cfr., diffusamente, G. RIVOSECCHI, *Il ricorso incidentale in sede di controllo della Corte dei conti*, in AA. VV., *Il diritto al bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Milano, 2019, 202 ss.

⁹² Così, da ultimo, si v. Corte costituzionale, sentenza n. 107 del 2016, punto 3 del considerato in diritto, in cui il Giudice costituzionale precisa che «sebbene il ricorso in via di azione sia connotato da un forte grado di discrezionalità politica che ne consente – a differenza dei giudizi incidentali – la piena disponibilità da parte dei soggetti ricorrenti e resistenti, l'esercizio dell'impulso giurisdizionale al controllo di legittimità delle leggi finanziarie regionali non può non essere improntato alla assoluta imparzialità, trasparenza e coerenza dei comportamenti di fronte ad analoghe patologiche circostanze caratterizzanti i bilanci degli enti stessi». Di tenore analogo, si v. Corte costituzionale, sentenza n. 19 del 2015. Sull'asimmetria dell'accesso in via principale, si v., diffusamente, C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle regioni davanti alla Corte costituzionale*, Padova, 2005, spec. 290 ss. e 302 ss.

gersi l'assenza di ulteriori portatori diretti d'interesse alla sana gestione finanziaria, cosicché risulta difficile immaginare l'instaurazione di un giudizio principale innanzi a un giudice comune, in cui far valere un interesse concreto e rilevante.

L'argomento sostanzialista, dunque, sembra orientare le scelte del Giudice costituzionale in punto di ammissibilità, inaugurando una nuova via di impugnazione delle leggi regionali, quale «sottospecie tutta speciale del giudizio incidentale»⁹³, in cui il giudice *a quo* non avrebbe valutazioni da compiere in termini di rilevanza e di non manifesta infondatezza, entrambe provate dall'evidenza contabile. Questa nuova impugnazione da parte della Corte dei conti, conseguenza di un sostanziale allargamento dei parametri invocabili, aprirebbe un varco potenzialmente illimitato della Corte dei conti nel giudizio di costituzionalità, introducendo una sorta di vaglio generalizzato del giudice contabile su tutte le leggi di spesa, ossia sulla quasi totalità delle leggi vigenti⁹⁴.

In relazione a tale aspetto, spunti di interesse possono essere tratti dalla decisione n. 138 del 2019, in cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità di alcune disposizioni di leggi provinciali e regionali della Provincia autonoma di Bolzano e della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, nella parte in cui, a partire dal 1992, hanno consentito ai dirigenti dei predetti enti territoriali di conservare, come assegno personale, indennità di direzione e coordinamento a vario titolo percepite dopo la cessazione dei relativi incarichi. Innanzitutto, in questa pronuncia, la Corte non manca di richiamare l'argomento della zona d'ombra in materia di leggi di spesa, ricordando due diversi ma complementari concause che ne determinano la peculiarità, chiarendone lo statuto. In primo luogo, la Corte ricorda che gli interessi erariali al corretto impiego delle risorse pubbliche non hanno, abitualmente, uno

⁹³ 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, 16.

⁹⁴ F. S. MARINI, *La disomogeneità dei controlli e la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità: una giurisprudenza in espansione*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2019, 13. In senso analogo, si v., anche, P. SANTORO, *La ridondanza del vizio di incompetenza legislativa nel giudizio di parificazione*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2019, secondo il quale il vizio di incompetenza potrebbe esser fatto valere *sine die* quando si manifesta un impatto negativo sulla spesa, tale da pregiudicare il saldo di equilibrio. In tal modo, se si dà ulteriore spessore al potere di controllo, si affievolisce il principio della certezza del diritto, poiché si rendono precarie le norme regionali a grande impatto finanziario, anche se divenute definitive per scadenza dei termini di proposizione di una questione di costituzionalità in via principale da parte del Governo; nonché, E. DI GREGORIO, *La legittimazione della Corte dei conti a rilevare l'incostituzionalità di una legge regionale in sede di giudizio di parifica*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2019, secondo il quale i parametri azionabili sono tutte le norme costituzionali suscettibili di apprestare tutela, anche indiretta, alle risorse pubbliche e alla loro corretta allocazione secondo i criteri dettati dall'ordinamento nella materia della finanza pubblica.

specifico portatore in grado di farli valere processualmente in modo diretto; in secondo luogo, le disposizioni contestate non sono state impugnate nei termini dal Governo, unico soggetto abilitato a far valere direttamente l'invasione della competenza legislativa statale, divenendo così intangibili per effetto della decorrenza dei termini e della conseguente decadenza⁹⁵. Ne deriva che alla Corte dei conti viene riconosciuto quasi un ruolo di supplenza rispetto alla mancata impugnazione da parte dell'Esecutivo.

A ben vedere, tuttavia, nella suddetta pronuncia, il Giudice costituzionale pare circoscrivere l'ammissibilità dell'accesso in via incidentale della Corte dei conti in ordine a quelle disposizioni che sono «eziologicamente collegate alla decisione di parificazione», considerando rilevanti solo le questioni che afferiscono a disposizioni che «impongono di validare, ai fini della determinazione del risultato di amministrazione e del sindacato di legittimità della spesa, le partite che contengono le somme inerenti alla elargizione delle indennità prive del requisito sinallagmatico e ai conseguenti oneri di natura pensionistica»⁹⁶. In tal modo, è proprio lo scrutinio di rilevanza a far sì che l'accesso della Corte dei conti resti incidentale e concreto e non diventi, surrettiziamente, diretto. Ciò, evidentemente, qualora la concretezza del controllo non si intenda sussistente solo laddove sia in gioco la tutela di posizioni soggettive, ma anche quando si guardi alle dinamiche concernenti l'effettiva applicazione delle leggi impuginate, in ragione dell'interesse generale alla legalità costituzionale dell'ordinamento⁹⁷.

5. Spunti conclusivi

In relazione ai profili analizzati, sembrano emergere almeno tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, dalle recenti tendenze in ordine alla sussistenza dei presupposti processuali per adire la Corte in via incidentale emerge la permanenza di una qualche incertezza circa gli esiti del vaglio di ammissibilità. La sensazione è che il Giudice delle leggi interpreti i requisiti sull'accesso con stretto riferimento al singolo caso⁹⁸, rinunciando a identificare una linea di

⁹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 2019, punto 6 del considerato in diritto.

⁹⁶ Ivi, punto 4 del considerato in diritto.

⁹⁷ Così in G. RIVOSCECHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, cit., 397, e la bibliografia ivi richiamata. Da ultimo, è interessante evidenziare che la Corte costituzionale, nella pronuncia n. 105 del 2019, dichiarò inammissibile per difetto di rilevanza una questione sollevata dalla Corte dei conti, sezione di Controllo Regione siciliana, riguardante la facoltà di deliberare il nuovo piano di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali che abbiano conseguito un miglioramento dell'avanzo di amministrazione.

⁹⁸ In senso analogo, A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2019, soprattutto

coerenza nella giurisprudenza, in modo da potersi liberamente orientare in relazione ai caratteri “politici” della fattispecie. Nella dialettica tra accentramento e diffusione, oscillazione caratterizzante la stessa natura del sistema di giustizia costituzionale italiano, pare prevalere un certo rafforzamento del primo, soprattutto nei casi in cui il Giudice costituzionale mira ad ampliare le vie di accesso al suo sindacato forzando le strettoie dell’incidentalità. D’altronde, sebbene con riguardo a profili diversi, la valorizzazione dell’accentramento del giudizio di costituzionalità si manifesta anche ponendo l’attenzione su come la Corte italiana ha gestito, da ultimo, i rapporti con la Corte di giustizia europea: con riferimento sia alla menzionata possibilità di rinvio pregiudiziale, sia ai casi di doppia pregiudiziale (costituzionale e europea), con un *favor* per il giudizio costituzionale⁹⁹.

In secondo luogo, occorre evidenziare come ad apparire carente sia proprio l’assenza di una lineare “politica dell’accesso”¹⁰⁰, che, pur con le perplessità evidenziate, 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 tempo. L’assenza di «*standards* di comportamenti»¹⁰¹ che offrano prospettive di certezza 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 elasticità, stante la natura tradizionalmente “*sui generis*” del processo costituzionale¹⁰². 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

nella parte in cui l’autore evidenzia che la Corte costituzionale si “sceglie” il proprio giudice, rinunciando a ricondurre a omogeneità e prevedibilità la propria giurisprudenza sulla legittimazione incidentale, 6 ss.

⁹⁹ In argomento, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 269 del 2017, 20 e 63 del 2019, ordinanza n. 117 del 2019. Su questi aspetti, si v., almeno, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta “opportuna” della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 10/2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 10/2019; nonché, I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d’ingaggio*, in www.gruppodipisa.it, 2019.

¹⁰⁰ In tal senso, risulta emblematico evidenziare che, a proposito della decisione n. 226 del 1976, G. Amato parli di una sentenza con una «intensa carica di politica istituzionale». Così in G. AMATO, *A prima lettura. Il Parlamento e le sue Corti*, cit., 1985.

¹⁰¹ L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in AA.Vv., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, cit., 98.

¹⁰² 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.

al servizio della tutela dei diritti fondamentali»¹⁰³, non può non richiedersi coerenza nell'uso di questa discrezionalità¹⁰⁴, anche a partire dall'utilizzo di motivazioni più chiare e trasparenti in ordine alla “politica dell'accesso” perseguita.

Da ultimo, con riguardo alle diverse stagioni del modello di giustizia costituzionale italiano, è noto che la Corte abbia progressivamente valorizzato l'aspetto soggettivo del suo sindacato, volto alla tutela dei diritti fondamentali, rispetto all'aspetto oggettivo, diretto all'esigenza di mera eliminazione dall'ordinamento delle leggi ritenute contrarie alla Costituzione. In linea con tale tendenza, può di sicuro essere letta la recente sentenza n. 242 del 2019, con cui, attraverso un dispositivo articolato, il Giudice costituzionale si pronuncia sulla delicata materia dell'aiuto al suicidio, dopo aver inutilmente intimato al Parlamento di riformare la disciplina¹⁰⁵. L'obiettivo perseguito, tra gli altri, appare quello di rispondere alla richiesta di garanzia proveniente dal processo penale, da cui la questione di legittimità ha avuto origine. In tal senso, pare opportuno ricordare che la Corte, proprio per non pregiudicare in modo assoluto la possibilità che l'imputato del processo sia assolto, modula gli effetti temporali della pronuncia, nel senso di prevedere che i requisiti procedurali stabiliti nella pronuncia di accoglimento manipolativa valgano solo per i fatti successivi alla pubblicazione della sentenza, aggiungendo che «rispetto alle vicende pregresse ... le condizioni in parola non risulterebbero, in pratica, mai puntualmente soddisfatte»¹⁰⁶.

Tuttavia, questa vocazione alla valorizzazione del ruolo della Corte quale giudice dei diritti sembra sfumare con riguardo ad alcuni dei recenti orientamenti di ampliamento delle vie di accesso al giudizio costituzionale. In particolare, quando la Corte riconosce la legittimazione a sollevare una questione di legittimità a prescindere da un accertamento rigoroso della sussistenza del requisito oggettivo (ossia della giurisdizionalità della funzione esercitata), ad essere prevalente sembra l'esigenza oggettiva di tutela della legalità costituzionale e di osservanza della Costituzione. La Corte, infatti, interviene (“forzando” l'accesso) proprio nella consapevolezza che difficilmente la questione di legittimità possa arrivare al suo scrutinio per altra via, mancando l'esistenza di una controversia in senso stretto e l'interesse di parte

¹⁰³ Così in G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., 32 ss.

¹⁰⁴ 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*, Torino, 1994, 339 ss.; sulla certezza, quale «fondamentale principio di rango costituzionale, ... per il cui soddisfacimento occorre stabilità (non fissità!) degli indirizzi giurisprudenziali», si v. M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, n. 12, 2019, 364.

¹⁰⁵ Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018.

¹⁰⁶ Così in Corte costituzionale, sentenza n. 242 del 2019, punto 7 del considerato in diritto.

a un'eventuale impugnazione. Ciò sembra evidente nel caso dell'ampliamento della legittimazione in favore della Corte dei conti in sede di controllo, sia nel giudizio di parifica, sia nella verifica della corretta attuazione della procedura di predissesto degli enti locali. Ma, in senso analogo, può essere letta anche la riconosciuta legittimazione della Cassazione a sollevare la questione nell'ambito del procedimento di enunciazione di un principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'articolo 363, comma 3, del c.p.c., quando il ricorso delle parti è dichiarato inammissibile, se la questione sia ritenuta di particolare importanza. Risulta di non poco rilievo, infatti, che, nei menzionati casi, anche la rilevanza, che pur non esaurisce la concretezza dell'accesso in via incidentale¹⁰⁷, risulti quantomeno dubbia.

La volontà della Corte di allargare il suo controllo, soprattutto nei riguardi di atti che difficilmente potrebbero pervenire al suo sindacato, sembra emergere anche dai nuovi scenari offerti dal giudizio sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato avente ad oggetto un atto legislativo¹⁰⁸. La Corte, infatti, pur ribadendo anche nella giurisprudenza più recente che i ricorsi per conflitto non si possono configurare come un anomalo mezzo di impugnazione diretta della legge¹⁰⁹, sembra fornire qualche spunto in merito ad una parziale riconsiderazione della categoria della «residualità»¹¹⁰, tratto tradizionalmente connotativo dello strumento di accesso considerato. Il Giudice costituzionale, infatti, riconoscendo l'ammissibilità di un ricorso sollevato da un Procuratore della Repubblica determinato dall'approvazione di un atto avente valore di legge, afferma, in una recente pronuncia in cui è in rilievo una «esigenza di rango costituzionale»¹¹¹, che «nella generalità dei casi va esclusa l'esperibilità del ricorso per conflitto tra poteri, tutte le volte che

¹⁰⁷ Sulle relazioni intercorrenti tra concretezza e rilevanza nel giudizio incidentale si v., diffusamente, F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., 145 ss. Sulla rilevanza e la produzione di effetti nel giudizio *a quo*, S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Milano, 2018, 359 ss.

¹⁰⁸ Su cui, di recente, si v. F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri. Dinamiche istituzionali e conflitti di attribuzione nella più recente giurisprudenza*, Torino, 2019.

¹⁰⁹ Così, da ultimo, si v. Corte costituzionale, sentenza n. 139 del 2001. Sull'utilizzo di forme anomale di accesso al sindacato di costituzionalità, anche con specifico riferimento alla materia elettorale, si v. A. ANZON DEMMING, *La Corte chiude la strada ad ulteriori forme di accesso diretto al sindacato di costituzionalità delle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2018, 1977-1984.

¹¹⁰ Sul punto, diffusamente, si v. R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

¹¹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 229 del 2018, punto 5 del considerato in diritto.

l'atto legislativo – al quale sia in ipotesi imputata una lesione di attribuzioni costituzionali – può *pacificamente* trovare applicazione in un giudizio, nel corso del quale la relativa questione di legittimità costituzionale può essere eccepita, e sollevata»¹¹².

La Corte, dunque, ancora una volta, ribadisce l'esigenza che la possibilità del controllo sia effettiva e che non si realizzi una zona d'ombra, seppur di fatto. Nel caso di specie, dunque, stante la natura del soggetto coinvolto, l'eccezione di inammissibilità non può essere accolta, non rilevando le diverse ipotesi «peraltro *di non facile realizzazione*, in cui la disposizione impugnata per conflitto risulterebbe applicabile e perciò eventuale oggetto di una questione di costituzionalità sollevabile in via incidentale»¹¹³.

¹¹² Ivi, punto 2.2. del considerato in diritto (corsivo mio), su cui, almeno, A. PUGIOTTO, *Metamorfosi e tramonto della «residualità» nei conflitti tra poteri da atto legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2019, 501 ss. Di tenore analogo, già Corte costituzionale, ordinanza n. 273 del 2017.

¹¹³ Corte costituzionale, sentenza n. 229 del 2018, punto 2.2 del considerato in diritto (corsivo mio).

NOTE MINIME SU INTERPRETAZIONE E GIUDIZIO ACCENTRATO DI COSTITUZIONALITÀ

di Antonio Ignazio Arena*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Interpretazione: *congetture* introduttive. – 3. L'interpretazione della Costituzione e della legge. – 4. Interpretazione e giudizio (di legittimità). – 5. Il principale potere della Corte costituzionale. – 6. Il potere di interpretare in democrazia. – 7. “L'interpretazione degli altri” nella giurisprudenza della Corte. – 8. Il potere (perduto?) della Corte costituzionale: minimi cenni. – 9. I limiti dell'interpretazione da parte del giudice comune. – 10. Un confronto con i sistemi *common law-based*. – 11. Interpretazione ed esternazione del pubblico potere. – 12. Conclusioni.

1. Premessa

In questo lavoro prendiamo in esame la c.d. “interpretazione conforme a costituzione”. Nei primi paragrafi indicheremo quali sono le premesse del nostro ragionamento; nei paragrafi conclusivi cercheremo di individuare i motivi per i quali talvolta l'interpretazione conforme a costituzione viene ancora oggi percepita come un “problema”. Siamo consapevoli che il tema affrontato in queste pagine, per la sua complessità, richiederebbe uno svolgimento ben diverso. Quelle che seguono sono soltanto brevi osservazioni.

2. Interpretazione: *congetture* introduttive

È stato scritto che non è possibile discutere d'interpretazione conforme a costituzione «senza prendere posizione su alcune questioni generali della teoria dell'interpretazione»¹. Sentiamo quindi l'esigenza di precisare subito

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche (Diritto costituzionale), Università degli Studi di Messina.

¹ Così M. LUCIANI (voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, ann. IX, 2016, 391) per il quale «l'interpretazione conforme è una modalità della interpretazione, della quale l'interpretazione conforme a costituzione è un tipo». Di seguito, il chiaro Autore precisa di voler scrivere dell'interpretazione conforme a costituzione quasi sempre nella prospettiva prescrittiva (o del “dover essere”). Sul piano prescrittivo sembra contraddittorio dire che l'interpretazione conforme è una “modalità” dell'interpretazione, almeno se con ciò si intende che essa è un “modo particolare” o “specifico” dell'interpretazione; diverso è il caso in cui si usi la parola “modalità” come sinonimo di “trascendentale”, nel senso della tomistica, cioè

quanto segue: l'interpretazione, a nostro avviso, non dovrebbe che essere sistematica e quindi conforme a costituzione².

Il sistema al quale facciamo riferimento non è pura astrazione. È costruzione dogmatica intrisa di storicità. Il metodo sistematico è dunque l'opposto del metodo esegetico. Il sistema non è un dato fisso o un'entità metafisica³, ma una costruzione irrequieta ed elastica⁴. Comporre il diritto in sistema significa fornirne *una* interpretazione: «Ogni esposizione del diritto positivo che sia veramente tale si esaurisce in *una* interpretazione»⁵. Nell'interpretazione del diritto il rilievo delle norme costituzionali è una costante. Pertanto ogni interpretazione, in quanto deve essere sistematica, deve anche essere conforme a costituzione⁶. Pure le singole disposizioni di una carta costituzionale dovranno essere interpretate in modo sistematico: saranno comprese solo tenendo conto del sistema e, particolarmente, delle altre norme costituzionali.

3. L'interpretazione della Costituzione e della legge

Alla luce di quanto si è osservato, l'interpretazione della legge non può che essere, nel nostro Paese, condizionata dalla Costituzione. Il verso del condizionamento ermeneutico è, però, duplice: così è sempre, del resto, nella relazione tra fonte sovraordinata e subordinata⁷.

Si è autorevolmente sostenuto che l'interpretazione della Costituzione richiede “maggiore stabilità” rispetto all'interpretazione della legge⁸. Non

come aspetto sempre appartenente all'ente – nel nostro caso, all'interpretazione – in quanto tale. In ogni contesto, anche non giuridico, l'interpretazione non conforme sembra una falsa interpretazione, un'interpretazione sbagliata. L'interpretazione *deve* infatti *essere* conforme, cioè deve sempre essere sistematica.

² A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, 153 ss.

³ Cfr. E. PARESE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, 227.

⁴ L'esigenza di comporre il diritto in sistema è strettamente connessa alla funzione sociale del diritto: esso deve infatti, come spesso si dice, essere *ordo ordinatus* per essere *ordo ordinans* e così cercare di ridurre (nei limiti del possibile) l'incertezza: cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, trad. it. a cura di A. Febbrajo, Roma-Bari, 1977, 127.

⁵ A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, 1987, 262.

⁶ Secondo M. RUOTOLO (*Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2018, 4) «l'argomento della conformità a Costituzione finisce quasi per essere una variante di quello logico-sistematico».

⁷ Cfr. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 28.

⁸ Scrive M. LUCIANI (*op. cit.*, 441): «Vi è solo una diversità di “gradazione” tra interpretazione della costituzione e interpretazione della legge, diversità che si radica in ciò che (e non è certo poco) solo alla costituzione compete fissare i valori di riferimento di una comunità politica e che si traduce soprattutto nella conclusione che, se per tutti gli interpreti il testo è necessariamente il

è semplice, però, dimostrare le ragioni di questa affermazione se non ci si accontenta di un generico richiamo “all’importanza” della Costituzione. In definitiva, non c’è nessuna differenza ontologica tra interpretazione della Costituzione e della legge⁹.

Tuttavia – si deve aggiungere – la Costituzione è parametro della validità della legge. Anche la legge è parametro, ma mai rispetto alla Costituzione. Chi interpreta la Costituzione sa che essa – entro l’ordinamento vigente – può solo essere parametro e non oggetto di un giudizio di validità¹⁰.

4. Interpretazione e giudizio (di legittimità)

Bisogna distinguere l’interpretazione dal giudizio. L’attività ermeneutica può benissimo svolgersi senza condurre (o senza poter condurre) a un giudizio di legittimità. Non è dato riscontrare l’inverso, perché ogni giudizio di

significante di riferimento, per l’interprete della costituzione quel significante reclama una stabilità interpretativa maggiore di quella richiesta dalla legge e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell’autore storico». In una simile prospettiva, riferimento al testo e riferimento alla *voluntas* dell’autore storico sono criteri che possono (anzi, devono) convivere. Secondo A. SCALIA (*A Matter of Interpretation*, Princeton-Oxford, 2018, 17), invece, è preferibile evitare del tutto di richiamare il criterio dell’*original intent*, il quale (a differenza del criterio dell’*original meaning*) non sarebbe compatibile con la democrazia perché sgancerebbe l’attività ermeneutica dal testo, rendendo quindi assoluto il potere del giudice in sede di interpretazione («*It is the law that governs, not the intent of the lawgiver*»). Per Scalia, quindi, non ogni criterio ermeneutico costituisce un limite autentico per l’interprete e, quand’anche costituisse un limite, non per questo solo dovrebbe senz’altro considerarsi compatibile con la forma democratica dello Stato. Viceversa, si potrebbe sostenere che ogni criterio ermeneutico (tra quelli normalmente impiegati in Paesi democratici) sia di per sé un limite e, proprio per questo, da riguardare con favore e che l’*original intent* sia uno di questi criteri (sebbene certo non il solo): v. A. RUGGERI, *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, in *Consulta Online*, 3/2019, 572 ss.; cfr. anche A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 3 ss. Il rapporto tra criterio letterale e *intent* può ancora essere ricostruito in modi differenti: v. almeno A. VIGNUDELLI (“*Quant’è bella correttezza, che si fugge tuttavia...*”. Parte seconda. *Dinamica giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1/2017, 391 ss.) per il quale l’intenzione del legislatore deve intendersi come “specificazione storicizzata” del criterio letterale. La Corte costituzionale, in una sua famosa pronuncia (sent. n. 138 del 2010, p. 9, *cons. dir.*), nel far uso del criterio dell’*original intent* (con espresso richiamo ai lavori in Assemblea costituente) lo concepisce come limite all’interpretazione evolutiva, nel senso che quest’ultima «non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». A seguire Scalia questa affermazione è criticabile perché la Corte sembra qui riferirsi ad un’intenzione *al di là del testo* (per quanto con esso compatibile), mentre secondo il giurista americano la norma si ricava ricercando il significato originario *del testo*, a prescindere da ciò che fu “considerato” in sede di approvazione.

⁹ M. LUCIANI, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁰ A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *costituzionalismo.it*, 2/2006, 6.

legittimità implica l'interpretazione. Non può esservi giudizio di legittimità senza interpretazione; ma può esservi interpretazione senza che a essa si accompagni un giudizio di legittimità.

L'interpretazione è sempre una risposta a un problema, un interesse, un bisogno che ci interroga. Quando interpretiamo, possiamo immaginare le fonti come idealmente disposte su di un piano; in altre parole, lungo una linea orizzontale – anziché verticale.

Se, invece, dobbiamo giudicare della legittimità di una norma, le fonti dovranno disporsi dapprima lungo una linea orizzontale, per vedere se l'ipotesi di un'antinomia è infondata e può essere superata in via di interpretazione¹¹; laddove questo non sia possibile, esse dovranno essere disposte lungo una linea ideale verticale: il parametro e l'oggetto del giudizio non possono infatti stare sullo stesso piano.

5. Il principale potere della Corte costituzionale

Come è noto, il potere di interpretare la Costituzione e le leggi è diffuso, quello di annullare le norme di legge spetta soltanto alla Corte costituzionale. Non diversamente, a essa sola spetta di dichiarare che, per via di un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti fondamentali della persona, una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta non è vigente nell'ordinamento giuridico interno («In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale»: v. sent. n. 238 del 2014, p. n. 3.2, *cons. dir.*).

In regime di costituzione rigida, ove non fosse stata istituita la Corte, si sarebbe dovuto avere un controllo di costituzionalità diffuso. L'opposta scelta, di cui si legge in Costituzione, comporta che il giudizio di legittimità costituzionale sia appannaggio di un unico organo e non di tutti i giudici; quindi un determinato equilibrio tra i poteri, che definisce l'identità costituzionale italiana¹².

¹¹ Cfr. M. RUOTOLO (*L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *gruppodipisa.it*, 3/2019, 42 s.) che scrive: «Perché mai un giudice dovrebbe sollevare questione di costituzionalità se attraverso l'interpretazione è possibile ricavare un significato del testo conforme a Costituzione? E, sul versante del giudizio di costituzionalità: perché mai la Corte dovrebbe dichiarare illegittimo un testo normativo se da esso può ricavarsi un significato conforme a Costituzione?».

¹² Se questo equilibrio sia suscettibile di essere rivisto è questione controversa. Si potrebbe sostenere che, in realtà, non è precluso il passaggio ad un sistema di giustizia costituzionale totalmente diffuso o, comunque, parzialmente diverso da quello attuale. Si potrebbe dire: ciò che non può mancare è l'esistenza di un controllo di costituzionalità, indipendentemente dalla sua forma. Autorevole dottrina ha sottolineato che il nostro sistema – accentrato, ma a iniziativa prevalentemente diffusa (da tempo, in molti, preferiscono discutere di un “sistema

Si noti come – a differenza di quanto emerge nei titoli dedicati a Parlamento, Governo e Presidente della Repubblica – l’ordine sistematico degli articoli 134 ss. sia “rovesciato”: le funzioni precedono l’organizzazione (e la prima funzione indicata è, non a caso, il giudizio di legittimità). Il giudizio di legittimità è la principale prerogativa della Corte.

Va segnalato che la Costituzione è immanente al sistema, presenta una naturale vocazione alla diffusione per il tramite dell’esercizio delle funzioni pubbliche tutte. Rispetto a tale «effetto di irraggiamento»¹³, per usare l’espressione di Habermas, l’opzione per un sistema accentrato agisce come una “controspinta” e, in una simile prospettiva, l’annullamento della legge non può che costituire l’*extrema ratio*: necessaria per evitare che la Costituzione, “immersa” nel quotidiano e diffuso esercizio delle più svariate competenze, “vi anneghi”.

6. Il potere di interpretare in democrazia

Talvolta, invece, sembra che si ragioni così:

- 1) l’interpretazione conforme a costituzione è una particolare tecnica o variante dell’attività ermeneutica;
- 2) l’interpretazione della Costituzione è “diversa” dall’interpretazione della legge;
- 3) l’interpretazione della Costituzione orienta l’interpretazione della legge, ma non è vero il contrario (o comunque è limitata l’influenza che l’inter-

misto” proprio per il rilievo dell’incidentalità) – potrebbe anche essere oggetto di rilevanti trasformazioni: «In un significato provocatorio, specie perché l’ipotesi dovrebbe certamente essere meglio approfondita e meditata nelle sue specifiche conseguenze, vorrei per concludere avanzare l’ipotesi di una trasformazione, per la tutela dei diritti, del nostro modello di giustizia costituzionale da “misto”, quale è attualmente, a “duale”, caratterizzato dalla convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato, diversamente tra loro coordinati» (così R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015, 27). Non è possibile qui dilungarsi sul punto. Rispetto, però, all’eventualità di una vera e propria transizione al sistema diffuso, non vogliamo nascondere le nostre perplessità. È forse preferibile la tesi per la quale la Corte costituzionale rientra tra gli organi “indefetibili” [v., per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2017, 182. Cfr. però anche ID., *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, III, Modena, 1996, 1035 ss., ora in *Opere*, I, Milano, 2000, 608 ss.]. Una revisione che determinasse la transizione al sistema diffuso – quand’anche astrattamente si ritenesse legittimo procedere in tal senso – sarebbe molto, troppo delicata da operare in concreto, sarebbe imprudente nel contesto contemporaneo. Ovviamente se si sostenesse che l’opzione per il sistema accentrato non è suscettibile di revisione costituzionale, si dovrebbe ritenere inaccettabile anche una sopravvivenza meramente formale dello stesso, con impoverimento del patrimonio di garanzie offerte dall’organo di giustizia costituzionale.

¹³ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2018, 277.

pretazione della legge può avere sull'interpretazione della Costituzione; in generale è ridotta l'influenza della fonte subordinata nell'interpretazione della fonte sovraordinata);

- 4) il "vero" potere della Corte non risiede nel giudizio di legittimità, ma nell'interpretazione della Costituzione (la Corte è l'organo supremo dell'interpretazione costituzionale);
- 5) più i giudici comuni interpretano in modo conforme a Costituzione le leggi, meno sono portati a sollevare questione di legittimità;
- 6) il dovere di interpretazione conforme accresce il potere dei giudici comuni, a scapito della Corte.

Accettate tali argomentazioni, non rimane alla dottrina che decidere "da che parte stare", in generale o di volta in volta. Su tali argomentazioni sono però molti i dubbi.

Da tempo immemorabile i giudici "litigano" su chi sia competente (in questo o quel caso, rispetto a questa o quella fonte) a "dire il diritto". In certa misura è fisiologico. E senz'altro «l'eccessiva espansione della tendenza di molti giudici a "far da sé" nella bonifica costituzionale della legislazione potrebbe alterare gravemente i ruoli rispettivi del giudice *a quo* e del giudice costituzionale, sottraendo alla cognizione di quest'ultimo questioni controverse, che devono essere decise nella sede costituzionalmente prevista e con l'efficacia tipica delle pronunce della Corte»¹⁴.

Deve, però, essere chiaro che in democrazia nessuno – giudice comune o costituzionale – è "padrone" dell'interpretazione, men che mai dell'interpretazione della Costituzione¹⁵. Ci sono Paesi democratici nei quali si è stabilito espressamente che l'organo di giustizia costituzionale è "interprete supremo" della Costituzione: così, per esempio, in Spagna (cfr. art. 1 LOTC). Tuttavia, non a caso, si è dovuto anche precisare che tale organo non è l'unico interprete e che se è possibile dare delle leggi un'interpretazione conforme non vi sono i presupposti per sollevare questione di legittimità¹⁶.

La democrazia richiede la massima diffusione del potere dell'interpretazione perché presuppone il mutuo riconoscimento dell'eguale dignità di tutti i componenti della comunità politica. Pertanto nessuno può concepirsi detentore di verità assolute (per quanto adesso interessa) in fatto di interpre-

¹⁴ G. SILVESTRI, *Le garanzie della Repubblica*, Torino, 2009, 146.

¹⁵ A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, spec. 294.

¹⁶ Si legge all'art. 5.1 LOJP: «*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*». E ancora all'art. 5.3 LOJP così si stabilisce: «*Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*».

tazione. Eguale dignità significa eguale fallibilità delle opinioni di ciascuno. A partire da questa consapevolezza, in un sistema democratico, l'assetto istituzionale è pensato così da escludere che questo o quell'organo possa ergersi a "detentore dell'ultima parola"¹⁷.

La situazione opposta si rinviene in un sistema autocratico, nel quale l'attività ermeneutica è regolata in senso gerarchico senza distinzione tra organi politici e organi di garanzia, anzi con subordinazione di questi ultimi ai primi. Così, nella Germania nazista, l'interpretazione del giudice era orientata dalla volontà politica del *Führer*¹⁸.

7. "L'interpretazione degli altri" nella giurisprudenza della Corte

La Corte costituzionale riconosce al "legislatore" il potere di "interpretare": «Va riconosciuto il carattere interpretativo a una legge, la quale, fermo restando il testo della norma interpretativa, ne chiarisca il significato normativo e privilegi una delle tante interpretazioni possibili, di guisa che il contenuto prescrittivo sia espresso dalla coesistenza di due norme, quella precedente e quella successiva, che ne esplicita il significato, e che rimangono entrambe in vigore» (sent. n. 455 del 1992, p. n. 5, *cons. dir.*).

La Corte costituzionale ha poi dato grande risalto al potere di interpretare spettante ai giudici. Da una sua sentenza, molto famosa (n. 356 del 1996, v. p. n. 3, *cons. dir.*), si apprende: che, se di una legge è possibile offrire ricostruzioni normative differenti egualmente plausibili, si ha «un problema interpretativo la cui soluzione non spetta alla Corte»; ancora, che «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»¹⁹; conseguentemente, che *esclusivo* «compito della giurisdizione costituzionale [è] la difesa dei principi e delle regole costituzionali» (p. n. 4, *cons. dir.*). Come noto, la Corte rigetta le questioni di legittimità tutte le volte in cui riscontra che il potere di interpretare spettante al giudice non è stato correttamente esercitato, affatto (es. sent. n. 454 del 1998) o fin in fondo (e, in questo caso, anche ove egli abbia addotto a scusante l'esistenza di un diverso e consolida-

¹⁷ Bisognerebbe approfondire al riguardo il tema dell'interpretazione dell'art. 137 Cost. e della necessità di contrastare ogni forma di "autoritarismo interpretativo", ma non possiamo dilungarci oltre.

¹⁸ Anche clausole generali finivano per essere piegate alla volontà del Capo dello Stato/ Capo del Governo, conducendo a interpretazioni aberranti: per esempio, venne ritenuta giusta causa di risoluzione del contratto di locazione l'appartenenza del conduttore alla razza ebraica (cfr. A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, II, 1988, 406).

¹⁹ Il riferimento qui è al compito della Corte costituzionale: altro è dire che l'onere di sviluppare interpretazioni "difficili" o "improbabili" non possa essere scaricato dalla Corte costituzionale sui giudici comuni (v. sent. n. 42 del 2017).

to orientamento della giurisprudenza comune: v. part. l'ord. n. 233 del 2001).

Benché poi «nel giudizio di legittimità costituzionale promosso in via principale il ricorrente – a differenza del giudice rimettente nell'incidente di costituzionalità – non [abbia] l'onere di esperire, a pena di inammissibilità della questione, un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata» (sent. n. 62 del 2012, p. n. 3.1, *cons. dir.*), ha certo il potere di interpretare e quindi, inevitabilmente, il dovere di interpretare in modo conforme a Costituzione. La differenza sta nel fatto che la mancata argomentazione nel ricorso non è “sanzionata” in termini di inammissibilità per difetto di interpretazione conforme. Questo non toglie che le interpretazioni prospettate dal ricorrente non debbano essere «implausibili e irragionevolmente scollegate dalla disposizione censurata, così da far ritenere le questioni del tutto astratte e pretestuose» (sent. n. 289 del 2008, p. n. 4.1, *cons. dir.*). Se non si tiene conto del sistema (e quindi della Costituzione), l'interpretazione è sbagliata e la Corte infatti rigetta il ricorso quando «una corretta interpretazione sistematica della disposizione censurata [...] consente di escludere ogni contrasto» (sent. n. 201 del 2018, p. n. 5, *cons. dir.*).

Del resto, la Corte si è spesso mostrata incline a dar rilievo alle interpretazioni pure “non ufficiali”, quali cioè affiorano dalla cultura della comunità civile; egualmente sensibile si è generalmente mostrata nei riguardi delle interpretazioni del diritto sovranazionale e internazionale, sposate dai giudici dei rispettivi ordinamenti (non sono mancati momenti di frizione, ma il “dialogo” tra le Corti presuppone, come ogni dialogo che si rispetti, che ciascuno dei dialoganti esprima il suo punto di vista).

8. Il potere (perduto?) della Corte costituzionale: minimi cenni²⁰

Si può dire che «ciò che conta non è chi interpreta ma come e alla luce di cosa si interpreta»²¹.

Nel contrasto tra interpretazioni differenti, non c'è un soggetto predestinato a prevalere. L'interpretazione (conforme) della legge da parte dei giudici non solo è doverosa, ma non può essere intesa come perdita di potere da parte della Corte (fino all'estremo di scorgere in essa un elemento di trasformazione del sistema di costituzionalità, da accentrato a diffuso o quasi).

La Corte, però, negli ultimi venticinque anni ha davvero perduto potere e il sistema di controllo della costituzionalità delle leggi è realmente divenu-

²⁰ Ci limitiamo soltanto ad alcune rapide osservazioni. Il quadro giurisprudenziale è *certo più complesso* (e – bisognerebbe forse dire – *confuso*) rispetto a come qui lo si rappresenta. Bisognerebbe infatti dar conto delle sentenze emanate prima del 1984, tra 1984 e 2017 e successive alla sent. n. 269 del 2017.

²¹ A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1/2010, 15.

to parzialmente diffuso a seguito della sent. n. 170 del 1984²². Il che spiega, in parte, le polemiche sull'interpretazione (conforme). Si tratta di un tema molto complesso, riflesso di una questione assai più ampia, qual è quella del divenire dei rapporti tra Stati membri e Unione europea; un tema cui qui può soltanto farsi un cenno.

Come risaputo, qualsiasi giudice – senza rivolgersi alla Corte – giudica della legittimità delle leggi per contrasto con l'art. 11 (e adesso 117) Cost., nella misura in cui quest'ultimo offra “copertura”, nell'ordinamento interno, a norme del diritto UE direttamente applicabili. Riscontrato il contrasto, il giudice non applica la legge (che ritiene illegittima) e applica l'art. 11 Cost. (e quindi il diritto europeo)²³.

Laddove il giudice ritenga però sussistere almeno un dubbio sulla compatibilità del diritto europeo direttamente applicabile con i principi e i diritti inviolabili, deve rivolgersi alla Corte. Per via dell'espansione del diritto dell'Unione, la sent. n. 170 del 1984 conduce a una parziale marginalizzazione della Corte. Se posso ottenere – viene da chiedere – la non applicazione di una norma di legge che reputo ingiusta dal giudice comune che ho dinanzi, invocando la violazione dell'art. 11 Cost. e del diritto europeo, perché mai dovrei far riferimento alla violazione di altre norme costituzionali e chiedere al giudice di sospendere il processo?²⁴

²² Di diverso avviso parte consistente della dottrina, per la quale la “non applicazione” non implica un giudizio di legittimità: v., per tutti, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, 448 («La disapplicazione è un effetto che, come ha sottolineato la stessa Corte Costituzionale, evoca un vizio dell'atto [...]. L'ipotesi di disapplicazione della legge ordinaria implicherebbe dunque un giudizio sulla sua validità, che al giudice è precluso perché è “soggetto alla legge”; la non applicazione, invece, è frutto di una scelta della norma competente a disciplinare la materia sulla base del riparto di attribuzione tracciato dal Trattato, fuori restando qualsiasi giudizio in merito alla validità della legge»).

²³ La non applicazione non è semplice attività ermeneutica, ma implica un vero e proprio giudizio di legittimità, più precisamente una dichiarazione di illegittimità con effetti *inter partes*. Cfr. P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019, 316 («Rimettendo [...] la questione nelle mani dei giudici comuni, la Corte ha, nelle cose, spianato la via all'affermazione di un *sindacato diffuso di costituzionalità*»).

²⁴ Secondo autorevole dottrina i giudici comuni sono indotti a “fare da soli”, mediante l'interpretazione, dal meccanismo della non applicazione (cfr. M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 2, che chiede: «Se il giudice può allontanarsi dal significato che sembrerebbe più immediatamente riconducibile al testo per prevenire l'antinomia con il diritto comunitario e dunque evitare la formale disapplicazione, per quale ragione non potrebbe fare altrettanto per assicurare un'immediata conformità a Costituzione di una disposizione evitando di sollevare questione di costituzionalità?»). Ad ogni modo, il dovere di interpretare la legge in modo conforme a diritto UE sussiste indipendentemente dall'opzione per il meccanismo della non applicazione (e l'alternativa a tale meccanismo avrebbe forse indotto ancor di più il giudice comune a fare “da solo”: per certi versi, è più oneroso per il giudice rimettere la questione alla Corte, scrivendo l'ordinanza di rimessione, che decidere per la non applicazione).

Per “rimediare”, la Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 269 del 2017 (ma v. anche almeno la sent. n. 20 del 2019) ha, come noto, sostenuto che ove la norma europea direttamente applicabile sia di contenuto sovrapponibile a quello di una norma della Costituzione (es. doppia violazione, al contempo, della Costituzione e della Carta di Nizza), ove insomma siano in gioco diritti fondamentali, il giudice può (e preferibilmente deve)²⁵ sollevare questione di legittimità costituzionale²⁶.

Per giustificare questo orientamento la Corte sottolinea l’esigenza di preferire l’annullamento *erga omnes* alla non applicazione *inter partes*. Argomento, quest’ultimo, che – come osservato da autorevole dottrina – «sembra provare troppo, dal momento che portato ai suoi ultimi e coerenti svolgimenti, parrebbe giocare per la estensione a tappeto del meccanismo accentrato»²⁷.

Qui interessa solo far notare che i giudici comuni non sembrano inclini a cedere il potere di non applicare la legge per contrasto con l’art. 11 Cost. e il diritto sovranazionale *self-executing*. È dubbio che la Corte possa tentare di “recuperare terreno” sul piano dell’interpretazione (divenendo meno esigente con i giudici rimettenti...).

Non è dato comunque cogliere indicazioni univoche, in tal senso, dalla giurisprudenza della Corte. Anzi, di recente, questioni di legittimità costituzionale sono state ritenute «inammissibili per inadeguata rappresentazione del quadro normativo entro il quale la disposizione impugnata è ricompresa»

²⁵ Secondo M. LAZE [*Rapporti tra ordinamenti, doppia pregiudizialità e tutela dei diritti (Appunti provvisori per una relazione)*, in *gruppodipisa.it*, ottobre 2019, 6 ss.], invece, nei casi in cui il giudice comune abbia il sospetto che una norma interna violi diritti della persona garantiti sia dalla Costituzione che dal diritto europeo *deve* prioritariamente sollevare questione di legittimità costituzionale (si tratterebbe di una priorità “logica”).

²⁶ La sentenza n. 269 del 2017, come quelle che l’hanno seguita, sembra mostrare che, per il tramite dell’interpretazione, la Corte può “riprendersi quel che aveva dato”. Potrebbe forse dirsi che, se la Corte ha perduto potere, questa perdita di potere è in qualche modo concepita dalla Corte stessa come reversibile (e tuttavia, come si concilia tale “reversibilità” con la “apertura” offerta al meccanismo della non applicazione dall’art. 11 Cost.?).

²⁷ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 111. Non potendosi «disinvoltamente mettere da canto la rilevanza», per poter assicurare a pieno, al contempo, l’immediata applicazione del diritto dell’Unione e l’esigenza di annullamento *erga omnes* (di norme in contrasto con previsioni *self-executing*, della Carta dei diritti o “ad esse connesse”) servirebbe un intervento legislativo (cfr. A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitariet ”*, in *Consulta online*, 3/2019, 478). Autorevole dottrina ha invece ritenuto ammissibile, senza necessit  di un intervento legislativo, un “cumulo dei rimedi” (immediata disapplicazione e rimessione della questione alla Corte costituzionale) almeno quando si tratti di giudici di ultima istanza: v. R. ROMBOLI, *op. et loc. cit.*; ID., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 31. Si v. anche D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalit  e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 636.

(v. sent. n. 191 del 2019, p. n. 3, *cons. dir.*). D'altronde la Corte, anche quando rigetta per tali ragioni, non si risparmia e offre "suggerimenti" sulla possibile corretta interpretazione.

A tal riguardo, si deve ricordare come le cc.dd. "interpretative di rigetto" possano costituire un utile strumento di dialogo tra Corte e giudici comuni (è bene che, almeno nei casi in cui l'interpretazione è più complessa, i "suggerimenti" non rimangano confinati alla sola motivazione della decisione)²⁸.

9. I limiti dell'interpretazione da parte del giudice comune

Il cuore di tutti i discorsi sull'interpretazione conforme a Costituzione risiede nell'individuazione dei limiti dell'attività ermeneutica del giudice comune.

Tali limiti non discendono da considerazioni di teoria generale circa le differenze tra interpretazione e creazione del diritto, anche perché queste ultime sono "relative"²⁹.

Discendono, invece, dal fatto che il giudice è un organo di garanzia e come tale separato dal sistema politico, inteso come sistema dei partiti. L'interpretazione deve essere conforme a Costituzione, non ai programmi (o, peggio, alle convenienze) di partito. È elementare, ma è sempre bene ricordarlo, sia per ragioni legate a preoccupanti avvenimenti, che rischiano di avere «conseguenze gravemente negative per il prestigio e l'autorevolezza»³⁰ dell'ordine giudiziario, sia perché l'accusa rivolta al giudice di "far politica" non poche volte è ingenerosa: un conto è infatti sostenere che magistratura e sistema politico devono rimanere separati, altro è contestare la creatività del giudice, meravigliandosi della "forza politica" delle sue decisioni³¹.

Nell'interpretazione della legge è infatti ineliminabile l'espressione di giudizi di valore³². Questo si vuol dire con la formula "forza politica". Ciò

²⁸ M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *gruppodipisa.it*, 1/2011, 9.

²⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di S. Cotta, G. Treves, Milano, 1952, 134.

³⁰ *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio superiore della magistratura*, Roma, 21 giugno 2019 (disponibile sul sito *quirinale.it*).

³¹ T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, ora in *Opere*, cit., I, 449 ss. In tema di creatività giurisprudenziale cfr. anche U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di "teoria generale del diritto"*, Pisa, 2019, 231.

³² Dal nostro punto di vista questa affermazione non è equivalente a quella per la quale ogni interprete "sceglie" il suo diritto (N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 13 ss.), ma vale appunto a contestare questo modo di vedere le cose. La demistificazione dell'attività giudiziaria serve infatti a salvarne, sul piano teorico, le specificità e a distinguerla dall'attività posta in essere dagli organi di indirizzo politico.

non toglie che il giudice sia chiamato a decidere in modo imparziale e in piena indipendenza o che si possa contestare la correttezza dell'interpretazione³³.

Come osservato da autorevole dottrina, «assumendo una concezione di interpretazione che alimenta prospettive di certezza e di apprezzabile verificabilità dei processi implicati, è chiaro che le attese verranno deluse»³⁴.

I giudici – come tutti gli esseri umani – sono costantemente immersi in contesti di senso e quindi di valore³⁵. Siccome «non possono esistere lacune *diacritiche*, ossia lacune all'atto della risoluzione di concrete questioni»³⁶, il peso dei giudizi di valore aumenta quando il giudice ha difficoltà a reperire la norma idonea a decidere. Ma pure indipendentemente dai casi di oggettiva difficoltà, l'interpretazione è sempre l'occasione per un riavvicinamento del diritto oggettivo ai giudizi soggettivi di valore³⁷.

Anche con riguardo alle decisioni dei giudici, la nostra tradizione costituzionale prevede controlli e richiede autocontrollo (che implica, tra l'altro, che il giudice pensi all'interpretazione «nei termini di un'impresa fondamentale collettiva, sorretta dalla comunicazione pubblica dei cittadini»³⁸). Aggiungiamo soltanto che tale *self-restraint* è molto importante specialmente per far sì che l'interpretazione giudiziale sia autenticamente rispettosa degli spazi della politica (anche quando la politica tace)³⁹. L'auspicio è dunque che gli ineliminabili giudizi di valore si collochino sempre in un orizzonte di pensiero fallibilista e post-metafisico.

³³ Non interessa qui indicare con precisione – semmai fosse possibile – le critiche che potrebbero rivolgersi a un'interpretazione senza definirla “politica”. Possiamo criticare un'interpretazione perché la norma ricavata fa violenza ai fatti (che non sono luogo sul quale piomba la decisione, ma dovrebbero orientarla: v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 158) o ancora perché tradisce la lettera della disposizione interpretata o non tiene conto di altre disposizioni strettamente correlate, e così via. Delicati problemi pone il caso, senz'altro frequente, in cui il giudice debba far uso di conoscenze tecniche extra-giuridiche: su questo, tra i molti, v. P. RESCIGNO, *La discrezionalità del giudice*, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 81 ss.

³⁴ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2014, 104.

³⁵ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 195 s.

³⁶ F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, 190.

³⁷ Cfr. R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, Quad. di *Questione giustizia*, a cura di A. Caputo, L. Pepino, 2009, 195 ss.

³⁸ J. HABERMAS, *op. cit.*, 252.

³⁹ Non manca chi ha ritenuto che il *self-restraint* sia la “via maestra” per indurre gli organi politici a offrire più rapidamente risposta ai problemi sociali: M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2008, 231 ss.

10. *Un confronto con i sistemi common law-based*

Vogliamo chiederci, prima di concludere, se quanto sostenuto a proposito dell'interpretazione si adatti anche a sistemi *common law-based* (nei quali le decisioni giudiziarie sono tradizionalmente incluse tra le fonti del diritto) come quelli degli Stati Uniti e del Regno Unito.

Si può sostenere che anche nei Paesi *common law-based* l'interpretazione è un potere diffuso e deve sempre essere sistematica e quindi conforme a costituzione.

Negli Stati Uniti è pacifico che i giudici devono per un verso “applicare il diritto al fatto” e per altro verso “fare il diritto”⁴⁰. Nessuno accusa i giudici di far politica, se non nei casi di corruzione o connivenza con esponenti politici. È scontato che le decisioni giudiziarie abbiano forza politica. Fin dai tempi delle riflessioni di Madison, del resto, si sostiene che l'interpretazione (della Costituzione, e quindi di altri atti orientata dalla Costituzione) è un *concurrent power*, che non spetta in esclusiva a nessun soggetto pubblico⁴¹. È noto che dal silenzio della Costituzione sul controllo di costituzionalità e dalla soggezione del giudice alla legge (a sua volta soggetta alla Costituzione) si è originato il sistema c.d. “diffuso”, ma anche che questo ha un elemento indispensabile di equilibrio nella vincolatività del precedente.

Nel Regno Unito si riconosce apertamente che «*common law constitutional principles [...] influence how courts interpret and apply existing legal rules*»⁴². La concezione ortodossa della *sovereignty of Parliament* esclude un controllo di costituzionalità sugli atti del legislativo, ma è compito del giudice sforzarsi di offrire della legge l'interpretazione maggiormente in linea con le norme costituzionali⁴³. Quindi la sovra-ordinazione gerarchica non conta nel momento dell'interpretazione: anche nel Regno Unito i principi costituzionali orientano l'interpretazione della legge, sebbene nessun giudice possa dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge stessa. Anche dopo

⁴⁰ Cfr. A. SCALIA (*op. cit.*, 6) che così riassume le funzioni delle *common-law courts*: «*To apply the law to the facts [...] and the more important one [...] to make the law*».

⁴¹ Egli scriveva che tutti gli organi pubblici hanno «*a concurrent right to expound the constitution*» (cfr. J. MADISON, *Helvidius no. 2*, 31 agosto 1793, in *The Papers of James Madison*, 15, a cura di T.A. Mason, R.A. Rutland, J.K. Sisson, Charlottesville, 1985, 80 ss.).

⁴² M. ELLIOTT, R. THOMAS, *Public Law*, Oxford, 2017, 47 s.

⁴³ *Ibidem*, 17 («*Courts in the UK cannot strike down an Act of Parliament, even if it impinges upon fundamental constitutional values. This follows from the constitutional doctrine of parliamentary sovereignty. There are, however, two things that they can do when faced with law that appears to conflict with such values. First, the courts adopt as their starting point the assumption that lawmakers do not wish to enact legislation that offends basic constitutional principles or cuts across human rights. The courts therefore generally attempt to interpret the law in a way that is consistent with such rights and principles [...] The courts have a second string to their bow [...] the courts can issue a “declaration of incompatibility”*»).

l'entrata in vigore dello HRA, le corti del Regno Unito non hanno la possibilità di annullare la legge né di non applicarla, ma solo di dichiararne l'incompatibilità con i diritti umani protetti dalla Convenzione. La dichiarazione non produce alcun effetto innovativo, ma condiziona in molti casi gli organi politici attirando l'occhio della pubblica opinione sulla loro condotta. La *declaration of inconsistency* ha dato vita a non sopite polemiche in dottrina tra i sostenitori della "constitution of will" e quelli della "constitution of reason". Per questi ultimi, il giudice deve ricercare l'interpretazione maggiormente conforme alla Convenzione⁴⁴.

11. Interpretazione ed esternazione del pubblico potere

È stato fatto notare come il discorso sull'interpretazione c.d. "conforme" andrebbe esteso oltre il recinto degli organi caratterizzati da una fisionomia giurisdizionale. In particolare, si è sostenuto che anche il Presidente della Repubblica possa proporre interpretazioni conformi a Costituzione per il tramite delle sue esternazioni⁴⁵.

Pur non potendo dilungarci sul tema, dobbiamo segnalare che questo è un dato suscettibile a nostro avviso di generalizzazione: infatti le esternazioni – non solo del Capo dello Stato – danno svolgimento alla realtà giuridico-costituzionale preesistente e possono (...*devono*, per Costituzione) quindi *concorrere*, nel contesto di una sfera pubblica critica, alla formazione di interpretazioni del diritto coerenti con il quadro dei valori costituzionali (altro è rilevare che ciò, in questo o in quel caso, non succeda). All'esternazione del pubblico potere pare infatti da ascrivere un'efficacia conservativa, in quanto essa determina solitamente trasformazioni meramente interne – non anche esterne – della dimensione giuridico-costituzionale⁴⁶.

12. Conclusioni

Abbiamo premesso di considerare l'interpretazione come necessariamente sistematica e quindi conforme a Costituzione. Il verso del condizionamento ermeneutico è duplice: la Costituzione orienta l'interpretazione della legge, ma anche la legge influenza l'interpretazione della Costituzione. Non ci sono apprezzabili diversità tra interpretazione della Costituzione

⁴⁴ Le espressioni "constitution of will" e "constitution of reason" sono di T.R.S. ALLAN, *Parliament's will and the Justice of the Common Law: the HRA in Constitutional Perspective*, in *Current Legal Problems*, 59/2006, 31.

⁴⁵ M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, cit., 47 ss.

⁴⁶ Com'è chiaro, proponiamo qui di far uso della nozione di efficacia conservativa sviluppata ad altro proposito dalla civilistica francese e ripresa, in Italia, spec. da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 492 ss.

e interpretazione della legge. L'interpretazione è un potere diffuso. Lo è a maggior ragione, in un contesto democratico, l'interpretazione della Costituzione. Il principale potere della Corte costituzionale non è quindi quello di interpretare e il ricorso alla "interpretazione conforme" da parte dei giudici comuni nulla toglie alla Corte stessa. La principale prerogativa della Corte è invece il potere di dichiarare illegittime le norme di legge. Poiché per effetto dell'integrazione europea la Corte ha parzialmente perduto la sua centralità a questo riguardo, il ricorso alla "interpretazione conforme" da parte del giudice comune viene ancora percepito come una minaccia. Tuttavia il piano dell'interpretazione e quello del giudizio di legittimità devono rimanere distinti. Anche la comparazione lo dimostra, in quanto l'interpretazione deve essere "conforme" pure nei sistemi nei quali si riscontra un controllo diffuso di costituzionalità o in cui non esiste affatto un vero e proprio controllo di costituzionalità delle leggi.

Indubbiamente, dietro alle polemiche sull'interpretazione conforme vi sono preoccupazioni legate all'abuso, da parte dei giudici comuni, della loro discrezionalità. A tal proposito, però, non bisogna confondere i gravi (e per fortuna non troppo numerosi) casi in cui viene meno la separazione tra magistratura e sistema politico, con quelli in cui non si condivide l'interpretazione offerta dal giudice. La forza politica delle decisioni giudiziarie è ineliminabile.

IL GIUDIZIO D'INCOSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI IN CASO DI DOPPIO PARAMETRO (INTERNO ED EUROPEO): IL CONFLITTO SULLE REGOLE D'INGAGGIO

di Ilenia Massa Pinto*

SOMMARIO: 1. Premesse: il conflitto sulle regole d'ingaggio e la tutela del principio della sovranità popolare. – 2. L'introduzione del limite al sindacato diffuso di non applicazione della disciplina interna incompatibile con quella eurounitaria. – 3. Un ventaglio di ipotesi per il concorso di rimedi giurisdizionali nella tutela multilivello dei diritti. – 4. Il *favor* per la priorità del giudizio d'illegittimità costituzionale quando si faccia questione di diritti fondamentali. – 5. La legge politica tra giudici e Corti.

1. Premesse: il conflitto sulle regole d'ingaggio e la tutela del principio della sovranità popolare

Il saggio illustra la situazione normativa vigente a seguito della recente giurisprudenza della Corte costituzionale pronunciata nei giudizi d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (costituzionale ed eurounitario): l'ipotesi che ha guidato la descrizione delle diverse eventualità che si possono verificare in presenza di doppia pregiudizialità è che, nei limitati casi nei quali si faccia questione di diritti fondamentali, è opportuno, se non obbligatorio, per il giudice comune rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale. La posta in gioco è, in ultima analisi, la tutela del principio della sovranità popolare.

Il tema presenta dunque un profilo di carattere processuale d'immediata evidenza, ma coinvolge fondamentali questioni costituzionali sostanziali, che restano ancora aperte, come risulta anche dalle parole impiegate dal Presidente della Corte costituzionale nella sua Relazione annuale sull'attività svolta dalla Corte nel 2018, dove, rispetto proprio alla materia di cui si tratta, ha osservato che «un assetto stabile del sistema delle fonti, soggetto al governo di criteri certi per la risoluzione delle antinomie, è più un obiettivo da perseguire che un dato già acquisito». E ancora: «Non si tratta soltanto di prendere atto che il medesimo materiale giuridico può condurre Corti distinte a soluzioni non sempre convergenti, a causa della specificità di ciascun ordinamento. Vi è anche da riconoscere che ciascun attore, nel campo della tutela multilivello dei diritti, ha l'ambizione di dettare esso stesso le regole di

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale presso l'Università di Torino.

ingaggio [per l'appunto], sicché possono divenire oggetto di disputa persino le linee guida alle quali l'operatore del diritto, e il giudice comune in particolare, deve attenersi per risolvere una questione giuridica che conosca la confluenza di fonti nazionali ed europee». E oltre: «Ci muoviamo in un cantiere con lavori perennemente in corso, i cui esiti sono soggetti a una continua rimodulazione per trovare il miglior punto di incontro tra i mutamenti di prospettiva che provengono dalle fonti europee e le esigenze proprie del controllo di costituzionalità. Nel rapporto con l'Unione europea, in particolare, l'attitudine del sindacato accentrato di legittimità costituzionale a garantire la più efficace delle tutele, con pronunce valedoli *erga omnes*, si deve conciliare con il primato del diritto europeo, che reclama l'immediato impiego, da parte del giudice comune, delle disposizioni direttamente applicabili. Ciò tuttavia può implicare che disposizioni di legge non più applicate dai vari giudici nelle loro decisioni rimangano in vita nell'ordinamento nazionale, con pregiudizio della certezza del diritto e dell'effettività dei diritti costituzionali eventualmente coinvolti». Ne deriva che «la mancata applicazione della legge nazionale da parte dei giudici comuni, per incompatibilità con il diritto dell'Unione, potrebbe sottrarre alla Corte costituzionale la conoscenza di assetti normativi che si pongono in urto, oltre che con gli artt. 11 e 117, primo comma, anche con altre parti della Costituzione. Un simile effetto, specie nella materia dei diritti e delle libertà della persona, non appare pienamente conciliabile con il ruolo di custode giudiziario della Costituzione proprio della Corte»¹.

In queste dichiarazioni sono già chiaramente evocati molti dei complessi profili che il tema implica².

¹ Presidente della Corte costituzionale, Relazione annuale sull'attività svolta nel 2018 (21 marzo 2019), in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf, 18-20.

² Un altro profilo che richiederebbe di essere approfondito, anche proprio con riferimento al tema della doppia pregiudizialità, è quello della “manutenzione” e/o della “automanutenzione” del processo costituzionale, tra legislatore e Corte: v. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *Consulta on line*, 2018, 160, il quale si chiede opportunamente «se non convenga piuttosto, una buona volta, anziché battere la via della manipolazione per via sotterranea e più o meno abilmente mascherata dei canoni processuali *ope juris prudentiae*, far luogo alla luce del sole e per la via piana della normazione legislativa ad una nuova disciplina che dia modo di discostarsi, sia pure per casi debitamente circoscritti, dall'incidentalità». Sul punto, del medesimo A., cfr., altresì, *Conflitti tra norme europolitane e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di ricostruzione*, in *Consulta on line*, 2019, spec. 496. È noto che in Francia, per esempio, nella materia di cui si tratta, è intervenuta una riforma costituzionale: in argomento cfr. S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, 2016.

2. L'introduzione del limite al sindacato diffuso di non applicazione della disciplina interna incompatibile con quella eurounitaria

Come noto, la questione riguarda l'introduzione di un limite al sindacato diffuso di non applicazione della disciplina interna incompatibile con quella eurounitaria, avvenuta a opera della giurisprudenza costituzionale a partire dal famigerato *obiter dictum* pronunciato nella sentenza n. 269 del 2017, e seguito dalle sentenze nn. 20, 63 e 112 del 2019, nonché dall'ordinanza n. 117 del medesimo anno.

La novità introdotta consiste nella necessità che *il giudice comune rilevi preliminarmente se si faccia questione di diritti fondamentali contemporaneamente tutelati dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in ambito di rilevanza comunitaria)*: in questa preliminare verifica sta la svolta della Consulta rispetto alla sua pregressa giurisprudenza³.

Ciò comporta che il giudice comune debba preliminarmente selezionare i casi nei quali:

- una medesima norma si ponga in un rapporto di dubbia compatibilità con parametri interni e con parametri europei distinti, nel senso che tutelano beni fondamentali diversi;
- una medesima norma si ponga in un rapporto di dubbia compatibilità con parametri interni e con parametri europei che evocano, così come possono fare per lo più i documenti costituzionali, con enunciazioni più o meno simili, la tutela di un medesimo bene fondamentale;
- una medesima norma si ponga in un rapporto di dubbia compatibilità con parametri interni e con parametri europei che impiegano identiche parole (per tutelare beni fondamentali), le quali rinviano però a significati diversi alla luce dell'interpretazione che di quelle parole si è consolidata nei rispettivi ordinamenti (e non solo in sede giurisprudenziale).

Ebbene è solo in questi limitati casi che si apre un ventaglio di ipotesi, che di seguito sono illustrate, in cui si dispiega il conflitto sulle regole d'ingaggio nel rapporto giudici-Corte costituzionale-Corte di giustizia, mentre negli altri casi risulta in tutto e per tutto confermato il modello Simmenthal/Granital, e cioè resta in capo al giudice l'obbligo di esaminare prioritariamente la questione di eurounarietà, eventualmente con l'aiuto della Corte UE, e di non applicare la norma interna incompatibile con la norma eurounitaria dotata di effetto diretto⁴.

³ Tra i primi a ragionare in termini di "svolta" v. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017.

⁴ Tra le molte cfr. Corte cost., sentt. 75/2012, 284/2007, 319/1996, 536/1995, 38/1995,

Dunque è solo in parte vero che la novità della recente giurisprudenza costituzionale starebbe nel fatto che il discrimine tra non applicare e sollevare la questione alla Corte costituzionale non è più la verifica dell'effetto diretto, ma è il contenuto assiologico della norma invocata a parametro⁵: è vero, ma vi è da precisare, da un lato, che, al di fuori delle ipotesi nelle quali si faccia questione di diritti fondamentali, il discrimine resta sempre l'effetto diretto, e, dall'altro, che i due criteri potrebbero anche sovrapporsi se si presume che gli enunciati costituzionali in materia di diritti fondamentali, a ogni livello ordinamentale, non hanno mai, o hanno solo assai raramente, effetto diretto.

Questo primo discrimine che il giudice comune è chiamato a operare – che circoscrive dunque il conflitto sulle regole d'ingaggio a un numero relativamente contenuto di casi e che, come detto, conferma per tutti gli altri il modello Simmenthal/Granital – mi sembra un dato incontrovertibile, oltre che imprescindibile per inquadrare il ventaglio delle diverse ipotesi che di seguito sono illustrate: la stessa sentenza n. 269 del 2017 era stata originata da due distinte ordinanze del giudice *a quo* di cui l'una era stata dichiarata inammissibile in quanto il giudice aveva dichiaratamente invertito l'ordine delle questioni proposte dal ricorrente e aveva espressamente dichiarato di ritenere prioritaria la questione d'illegittimità costituzionale rispetto alla questione d'incompatibilità con il diritto UE, mentre nell'altra il giudice aveva prima deliberato in ordine alla compatibilità della norma oggetto rispetto al diritto UE e, solo dopo averne escluso il contrasto, aveva sollevato la questione di illegittimità costituzionale. Il famigerato *obiter dictum* enunciato dalla Corte è stato pronunciato in riferimento alla prima ordinanza, ed era un *obiter* proprio perché in quel caso *non* si faceva questione di un diritto fondamentale codificato nella

294/1994, 269/1991, 79/1991, 8/1991, 450/1990, 389/1990, 78/1990, 152/1987, 170/1984.

⁵ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 2019, 17-18: «In sostanza ... il riparto tra giudice comune e Corte costituzionale non viene più ad essere basato sulle caratteristiche strutturali della norma dell'Unione europea di volta in volta invocata. Se si trattava di norma direttamente efficace (*self executing*), infatti, questo elemento bastava di per sé ad escludere il ricorso alla Corte costituzionale, perché la relativa questione sarebbe divenuta inammissibile, in quanto non rilevante, dovendo la norma di diritto interno essere disapplicata dal giudice comune. Solo nel caso in cui la disposizione legislativa di diritto interno contrastasse con una norma UE non direttamente efficace, il giudice comune era tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale. Un'alternativa, come si vede, dipendente dai caratteri delle norme dell'Unione europea, per come definiti, in piena autonomia, da quell'ordinamento e, in particolare, dalla Corte di giustizia, la quale come è noto ha gradualmente esteso il concetto di efficacia diretta, lasciando in secondo piano i requisiti della chiarezza e della precisione e accontentandosi spesso, al fine di riconoscere tale efficacia, del solo carattere incondizionato della norma dell'Unione europea. Al contrario, secondo il nuovo orientamento assunto dalla Corte costituzionale, l'effetto diretto non rappresenta più il discrimine, ma occorre fare riferimento al contenuto assiologico della norma invocata a parametro».

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, bensì della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'UE previste dagli artt. 49 e 56 del TFUE: con le parole della Corte, «non si versa[va], dunque, nei casi ... in cui la non applicazione trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge. Pertanto il rimettente aveva l'onere di delibare la questione per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame»⁶. La Corte in questa pronuncia conferma dunque la sua giurisprudenza sul punto nella misura in cui la questione sollevata con la prima ordinanza viene dichiarata inammissibile sotto lo specifico profilo della assenza di motivazione in punto di rilevanza.

È evidente che, sotto questo primo profilo, il problema si sposta sulla selezione dei casi in cui, come dice la Corte, «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano ... i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana»⁷. E questa selezione è fortemente connessa al tema più generale della definizione dell'ambito di applicazione del diritto UE, dal momento che, secondo gli artt. 51 e 53 della Carta UE, la Carta stessa si dovrebbe applicare solo alle norme nazionali di attuazione in senso stretto del diritto UE, oltre che alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'UE stessa. La giurisprudenza della Corte di giustizia, come noto, sembra però orientata ad allargare tale ambito di applicazione anche a qualsiasi norma nazionale che interferisca con l'applicazione della normativa europea o che ne pregiudichi in qualche modo l'effettività. Il tema quindi si sposta su una nozione poco esplorata in dottrina che è quella appunto dell'ambito di applicazione, certo di difficile definizione, ma che non può essere lasciata all'interpretazione della sola Corte di giustizia⁸.

⁶ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.3. Si noti che in questo caso i parametri di riferimento della doppia pregiudizialità, costituzionali ed eurolunitari, erano diversi nel senso che tutelavano beni diversi (principio di eguaglianza/ragionevolezza e capacità contributiva/progressività, i primi, libertà economiche dell'impresa, i secondi). Secondo G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, 10-11, questa diversità di trattamento potrebbe essere giustificata «valorizzando la differenza categoriale che intercorre – dal punto di vista del diritto europeo – fra i diritti consacrati nella Carta e le libertà riconosciute e garantite nei Trattati. In effetti queste ultime sono principi di struttura, istituzionali, essenziali al mercato comune, per le quali è richiesto il massimo grado di uniformazione normativa. A questo fine il controllo diffuso di comunitarietà è imprescindibile, come è vitale che il primato si esprima in modo immediato, senza ostacoli frapposti da giudici o atti normativi nazionali. I diritti della persona consacrati nella CDFUE, invece, sono per lo più non riconducibili alla mera dimensione del mercato, e comunque non sono ad esso coesenziali. Al contrario, sono ammesse diversificate e più ampie tutele a livello nazionale, senza che ne risulti compromessa l'esigenza di uniformità regolativa funzionale allo sviluppo della concorrenza, per il carattere non mercantile delle libertà coinvolte».

⁷ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

⁸ Cfr. Corte cost., sent. 63/2016, *Considerato in diritto*, punto 7: «A norma del suo art. 51

Sul punto c'è da dire anche che nella successiva sentenza n. 20 del 2019 la Corte ha ritenuto ammissibile una questione sollevata in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione non solo a disposizioni della Carta, ma anche ad alcune disposizioni di diritto europeo derivato: la circostanza che tra le norme europee interposte sia stata indicata anche una direttiva, sostiene la Corte, «non induce a modificare l'orientamento ricordato», in quanto «i principi previsti dalla direttiva si presentano [in questo caso] ... in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE: non solo nel senso che essi ne forniscono specificazione o attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito “modello” per quelle norme, e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura»⁹. Come noto, si trattava della direttiva in materia di tutela della riservatezza.

In questa stessa sentenza, che la Corte abbia voluto ribadire la novità del discrimine tra casi in cui si faccia questione di diritti fondamentali – a prescindere dalla ricorrenza degli effetti diretti – e casi nei quali non si faccia questione di diritti fondamentali – in cui rileva invece la ricorrenza degli effetti diretti – risulta anche dal fatto che il giudice *a quo* aveva ritenuto necessario

(nonché dell'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato sull'Unione europea e della Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona) e di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le disposizioni della Carta sono applicabili agli Stati membri solo quando questi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione: “[l]e disposizioni della presente Carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione” (art. 51 della Carta). Come questa Corte ha già affermato, perché la Carta dei diritti UE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna “sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto” (sentenza n. 80 del 2011)». In argomento cfr. M. E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018; da ultimo cfr. M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quad. Cost.*, 2019, 459 ss. Cfr. altresì le aspre critiche sul punto di R. BIN, *Intervista*, in *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2019: «Che esistano “norme self executing della Carta di Nizza-Strasburgo” è fortemente contestabile; esistono semmai pretese delle relative Corti di accreditare una generale prevalenza e applicazione diretta delle norme dei loro rispettivi ordinamenti (norme in larga parte create da quelle stesse Corti, per di più); ma sono pretese indebite, vagamente imperialistiche, che la Corte costituzionale bene fa ad arginare e contrastare... La Carta dovrebbe valere come parametro di legittimità degli atti della UE (il che però è avvenuto in un numero di casi che si possono contare sulle dita di una mano monca), anche se la giurisprudenza della Corte di giustizia tende a ampliarne la funzione con la stessa progressione con cui estende l'ambito di applicazione del diritto dell'UE – ambito di applicazione che costituisce una delle nozioni cruciali e però meno definibili del diritto UE, lasciata nelle mani “espansionistiche” della Corte di giustizia».

⁹ Corte cost., sent. 20/2019, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

sollevare la questione d'illegittimità costituzionale in quanto aveva rilevato la mancata sussistenza di una normativa europea *self-executing*: di sicuro non lo erano le disposizioni della Carta, ma anche quelle della direttiva erano state oggetto di un giudizio in sede di rinvio da parte della Corte di giustizia che, sebbene le avesse definite direttamente applicabili, aveva però sostenuto che la valutazione sul corretto bilanciamento tra il diritto alla tutela dei dati personali e quello all'accesso ai dati in possesso delle pubbliche amministrazioni dovesse essere rimesso al giudice del rinvio perché non compiuto in modo definitivo dalla direttiva stessa¹⁰. Ma la Corte – ecco il punto – anziché motivare in riferimento alla mancata ricorrenza dell'effetto diretto, dichiara ammissibile la questione richiamando l'orientamento della sentenza n. 269 del 2017: «Questo orientamento va confermato anche nel caso di specie, nel quale principi e diritti fondamentali enunciati dalla CDFUE intersecano... principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione»¹¹, e i primi e i secondi «risultano in connessione – e talvolta anche in visibile tensione –»¹². Avrebbe potuto evitarsi le critiche che ne sono seguite¹³ semplicemente dichiarando ammissibile la questione sulla base dell'argomentazione impiegata dal giudice *a quo* che si riferiva all'assenza degli effetti diretti¹⁴.

3. Un ventaglio di ipotesi per il concorso di rimedi giurisdizionali nella tutela multilivello dei diritti

Una volta delimitato il campo ai soli casi in cui si faccia questione di diritti fondamentali, nel senso indicato, e pur nella consapevolezza delle difficoltà a cui si è qui solo accennato, si apre un ventaglio di ipotesi che è necessario

¹⁰ Corte di giustizia, sent. 20 maggio 2003, nella cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/0120, Österreichischer Rundfunk e altri. La direttiva è la 95/46/CE.

¹¹ Corte cost., sent. 20/2019, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

¹² Corte cost., sent. 20/2019, *Considerato in diritto*, punto 2.2.

¹³ A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto europolitano e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta on line*, 2019, spec. 115.

¹⁴ Analogamente nella sentenza n. 112 del 2019 la Corte ribadisce la sua giurisprudenza precedente, ed è significativo che anche se non viene sollevata eccezione d'inammissibilità sul punto, la Corte conferma e sottolinea l'iniziativa del giudice: «Pur in assenza di una specifica eccezione sul punto, va ... affermata – in conformità ai principi espressi nelle sentenze n. 269 del 2017, n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019 – l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate con riferimento agli artt. 17 e 49 CDFUE, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.: questioni che questa Corte ha il compito di vagliare, essendo stata a ciò sollecitata dal giudice a quo» (*Considerato in diritto*, punto 7). Sul punto cfr. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, 14; ID., *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2019.

ora prendere in considerazione, e nel quale si ritiene debbano rientrare anche i casi in cui il giudice dovesse dubitare proprio in punto di definizione dell'ambito di applicazione del diritto eurounitario (essendo coinvolti anche parametri interni in materia di diritti fondamentali, come ipotizzato in premessa).

Dalla giurisprudenza costituzionale in commento, almeno in teoria, ma si dirà a breve in concreto che cosa può accadere, il giudice *a quo* che si trovi di fronte un caso di doppia pregiudizialità, nell'ambito di cui si è detto, non ha alcun obbligo di adire prioritariamente una Corte piuttosto che l'altra¹⁵. Già nella sentenza del 2017, l'*obiter*, dopo essere stato introdotto "in punta di piedi", come una mera «precisazione», dice la Corte¹⁶, all'interno di un discorso più ampio volto a confermare la giurisprudenza pregressa in materia, viene poi circondato da plurime garanzie nel «quadro di una costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)»¹⁷.

E le garanzie enunciate sono ricavate direttamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸, secondo la quale i giudici comuni devono restare liberi:

- di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria;
- di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione;
- di non applicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, «per altri profili», la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

¹⁵ A. RUGGERI, *I rapporti tra corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta on line*, 2019, 165, nel senso della libertà del giudice di disporre in ordine alla successione temporale delle due pregiudizialità. Su questo specifico punto cfr. R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po') in dialogo con il ruggerenpensiero sul tema della "doppia pregiudizialità"*, in *Consulta on line*, 2019, 649-650.

¹⁶ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5. G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., parla di «studiato minimalismo».

¹⁷ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

¹⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sent. 11 settembre 2014, nella causa C-112/13, *A contro B e altri*; grande sezione, sent. 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*.

In sintesi, la Corte così conclude: «In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»¹⁹.

Ora, al netto delle precisazioni che si possono ricavare dalle sentenze successive²⁰ – tra le quali è stata rilevata in particolare la scomparsa del riferimento agli «altri profili», rispetto alla quale si tornerà a breve –, che mi pare però non spostino di molto le questioni, si può procedere illustrando un ventaglio di ipotesi, al fine di mettere ordine nel «concorso di rimedi giurisprudenziali» nella tutela multilivello dei diritti, al quale fa ripetutamente riferimento la stessa Corte.

Dunque il giudice *può* (A) sollevare prioritariamente la questione d'incostituzionalità alla Corte costituzionale; (B) sollevare contemporaneamente la questione d'incostituzionalità alla Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; (C) sollevare prioritariamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

(A) Se il giudice solleva prioritariamente la questione alla Corte costituzionale, «la Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt. 11 e 117 Cost.*), secondo l'ordine di volta in volta appropriato»²¹.

(A.1.) Se la Corte decide di giudicare alla luce dei parametri interni, è ragionevole ritenere che se prende in esame *solo* i parametri interni è perché molto probabilmente non vuole confrontarsi con il parametro europeo, e ha interesse a dire (*per prima*) quali sono i significati che attribuisce ai parametri

¹⁹ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

²⁰ Anche nella sentenza n. 20 del 2019 la Corte insiste sulla *facoltà* del giudice di intraprendere sia la strada del giudizio d'incostituzionalità sia quella del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ma ritiene che nel caso di specie la scelta del giudice *a quo* sia particolarmente gradita per il tono costituzionale della questione: «La “prima parola” che questa Corte, per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco. Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione» (*Considerato in diritto*, punto 2.3.).

²¹ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

costituzionali interni²². In nome del dialogo tra Corti e dell'integrazione tra ordinamenti, è invece molto probabile che il richiamo *anche* del parametro europeo possa essere utile, come argomento interpretativo, quando la Corte esclude qualsiasi conflitto tra i parametri stessi e il richiamo di entrambi è funzionale a evidenziare sintomi di integrazione, appunto, tra gli ordinamenti²³.

In ogni caso:

(A.1.1.) Se la Corte dichiara incostituzionale la norma interna (solo eventualmente ritenendo assorbiti i parametri europei), è ragionevole ritenere che il giudice *a quo* abbia raggiunto l'obiettivo: «nel concorso di rimedi giurisdizionali», il giudice del caso concreto ha trovato un modo per soddisfare la pretesa che evidentemente aveva ritenuta degna di riconoscimento giuridico²⁴. E quando trova la *prima* risposta utile è ragionevole ritenere che li

²² Questo accade spesso nei giudizi in via principale nei quali la Corte opta generalmente per il parametro interno se pronuncia una incostituzionalità, seguendo la regola della priorità dei vizi competenziali. Cfr. l'ampia ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di D. PARIS, *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, Torino, 2018, spec. 124. In argomento, da ultimo, D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. Cost.*, 2019, 131 ss.

²³ Come peraltro la Corte costituzionale fa da tempo: le sue sentenze che recano un esplicito riferimento alla Carta dei diritti, spesso a supporto di decisioni già assunte sulla base di parametri interni, ormai sono assai numerose (solo a titolo esemplificativo cfr. Corte cost., sentt. 236/2011, 168/2014, 239/2014, 236/2016, 17 e 76/2017). Nella sentenza 63/2019 la Corte espressamente fa valere l'incostituzionalità «in relazione a entrambi i parametri invocati dal rimettente» (*Considerato in diritto*, punto 6). Così come nella sentenza 112/2019 la norma è dichiarata incostituzionale rispetto a tutti i parametri invocati.

Nella sentenza 20/2019, in particolare, rispetto all'*ordine dei parametri* da prendere in considerazione, la Corte si riserva di nuovo di decidere di volta in volta, ma esprime una preferenza per la priorità dei parametri interni, funzionale alla determinazione delle tradizioni costituzionali comuni in armonia alle quali devono essere interpretati i diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo: «Questa Corte deve ... esprimere la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, come quelle ora in esame, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Ciò anche allo scopo di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea ..., che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti» (*Considerato in diritto*, punto 2.3.).

²⁴ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 23: «Se si guarda ... a questi fenomeni anche "dal basso", in nome cioè della garanzia delle posizioni giuridiche soggettive, e non solo "dall'alto", in termini cioè di rapporti tra le fonti e tra le Corti, è in qualche misura inevitabile che chi invoca la tutela dei propri diritti bussi un po' a tutte le porte, per definizione numerose in un sistema multilivello, per poi provare a percorrere quelle che gli vengono aperte».

si fermi. Così è avvenuto del resto sinora, ma nell'ordine inverso. Con questo nuovo corso giurisprudenziale la Corte sembra riconoscere che aver ceduto la precedenza alla Corte di giustizia non le ha garantito il *diritto all'ultima parola* in materia di diritti fondamentali: i giudici comuni, una volta riferitisi alla Corte di giustizia, sembrano non aver necessità di adire la Corte costituzionale²⁵. Del resto, come a tutti noto, i giudici comuni, attraverso il rinvio pregiudiziale, pongono non tanto una semplice domanda di interpretazione del diritto UE, quanto «una questione di diretta valutazione della compatibilità o meno di norme interne rilevanti per il giudizio a quo rispetto a norme del diritto comunitario: cioè una questione *strutturalmente del tutto identica* a quella che il giudice italiano pone alla Corte costituzionale allorché solleva un dubbio di legittimità costituzionale di una norma di legge alla luce di disposizioni della Carta fondamentale»²⁶. E dopo aver ottenuto una risposta dalla Corte di giustizia lì si arresta: «l'affermazione del sindacato diffuso di conformità delle leggi al diritto comunitario sembrerebbe aver suggerito l'idea di un generalizzato "controllo" dei giudici sulle leggi in nome della supremazia dell'ordinamento comunitario, che potrebbe finire per rendere inutile o solo facoltativo il ricorso alla Corte costituzionale attraverso la proposizione di questioni incidentali»²⁷.

(A.1.2.) Se invece la Corte dichiara infondata la questione, poiché l'assorbimento della questione stessa alla luce di un diverso parametro si può avere solo se la Corte ha pronunciato una incostituzionalità, in questa ipotesi significa che la Corte ha preso in esame *anche* i parametri europei, e non ha ravvisato antinomie nei confronti dei parametri interni né nei confronti di quelli europei, e non ha ritenuto di dover sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte UE. In questo caso il giudice può rivolgersi alla Corte di giustizia, anche per i medesimi profili²⁸: ed è assai probabile che lo faccia, non avendo raggiunto l'obiettivo utile attraverso la pronuncia della Corte costituzionale²⁹. Se la Corte UE non tiene conto della *prima* parola pronunciata

²⁵ Come osservato in dottrina da molti e in particolare da D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 623.

²⁶ V. ONIDA, *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, 45.

²⁷ V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario, Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, 68.

²⁸ ...essendo scomparso, come detto, l'inciso «per altri profili» che compariva nella sent. 269/2017.

²⁹ Il caso si è verificato: il Consiglio di Stato aveva sollevato questione alla Corte costituzionale che si era pronunciata nel senso della infondatezza alla luce di parametri interni (sent.

in materia dalla Corte costituzionale, e ritiene la norma in contrasto con la Carta UE, si apre uno scenario che potrebbe coinvolgere, in ultima analisi, un conflitto tra parametri, o, meglio, tra diverse interpretazioni fornite dalle Corti dei parametri interni e sovranazionali, così come sopra specificato: in tale ipotesi il giudice dovrà sollevare *di nuovo* la questione alla Corte – *questa volta rispetto alla legge di esecuzione dei trattati* – affinché la Corte verifichi che non siano coinvolti i controllimiti. Il giudice ha infatti di fronte una legge che determina enunciati costituzionali in materia di diritti fondamentali, rispetto alla quale la Corte si è già pronunciata nel senso della non fondatezza della questione alla luce di parametri interni ed europei. Per impiegare categorie note alla giurisprudenza costituzionale: una legge costituzionalmente necessaria? Una legge che prevede il contenuto minimo essenziale di diritti costituzionali? Come che sia: solo se il giudice non ha alcun dubbio che la non applicazione di quella legge possa dare origine alla violazione di un controllimite potrà esimersi dal risolvare la questione alla Corte. D'altra parte, non osterebbe a ciò «l'effetto preclusivo discendente in capo al giudice *a quo* dalle decisioni di rigetto»³⁰, perché qui ci sarebbe *ius superveniens*, una nuova situazione normativa determinata dalla pronuncia della Corte di giustizia. È evidente che in questa occasione la Corte potrebbe ancora chiedere un ulteriore chiarimento alla Corte di giustizia, così come potrebbe invece far valere direttamente i controllimiti³¹.

Mi rendo conto che la soluzione proposta fa affidamento su un giudice “garante del sistema”, il quale, dopo aver trovato una soluzione utile al suo scopo, si deve fare carico di risolvere la questione alla Corte. In fondo il giudice è nemico della legge. Mi pare, più in generale, che il linguaggio impiegato dalla Corte in queste sue ultime sentenze sia sintomo di questa consapevolezza: se i giudici non sollevano incidente alla Corte, non esistono strumenti per sanzionarli. È dunque probabile che la Corte, abbandonando un linguaggio prescrittivo, voglia persuadere i giudici che è conveniente rivolgersi prima a lei, e che se la Corte pronuncia la «prima» parola è perché il giudice gliel'ha chiesta.

56 del 2015). Il Consiglio di Stato resta insoddisfatto e solleva rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sotto due profili: il primo, procedurale, riguarda la questione se il giudice nazionale di ultimo grado deve sollevare rinvio pregiudiziale anche dopo una sentenza della Corte costituzionale; l'altro, di merito, se alcune disposizioni della Carta UE fossero state violate dalla normativa interna. La Corte di giustizia risponde positivamente alla prima questione e negativamente alla seconda (sentenza *Global Starnet*, in causa C-322/16, del 20 dicembre 2017).

³⁰ A. RUGGERI, *I rapporti tra corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, cit., 170; ID., *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitarità”*, in *Consulta on line*, 2019, 475; ID., *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di ricostruzione*, cit., 504.

³¹ ...scontato è il riferimento alla nota vicenda Taricco.

Così si può anche spiegare la scomparsa dell'espressione «per altri profili» nella sentenza n. 63 rispetto agli altri due precedenti, laddove la Corte afferma che «occorre in questa sede ribadire – sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 – che a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni ... sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – *ricorrendone i presupposti*³² – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»³³. E' evidente che il caso si riferisce all'ipotesi in cui la Corte abbia pronunciato una sentenza di non fondatezza che ha lasciato il giudice insoddisfatto, il quale si è rivolto alla Corte di giustizia, la quale ha poi pronunciato una sentenza di antiunitarietà: «ricorrendone i presupposti» per la non applicazione della norma nazionale significa che il giudice *a quo* deve essere certo che non siano coinvolti i controlimiti, altrimenti dovrà sollevare di nuovo la questione alla Corte, a prescindere dal fatto che il rinvio alla Corte di giustizia sia stato promosso sui medesimi profili o su altri profili esaminati dalla Corte costituzionale.

(A.2.) Se la Corte, adita per prima, decide invece di giudicare alla luce dei parametri europei, si possono prospettare le seguenti eventualità:

(A.2.1.) Se la Corte dichiara incostituzionale la norma interna (per esempio perché c'è una chiara e consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, e la Corte non ravvisa alcun conflitto con i parametri interni, che, anzi, avrà interesse a richiamare per manifestare in modo esplicito i profili di integrazione tra gli ordinamenti), il giudice *a quo* ha raggiunto l'obiettivo e non avrà alcun interesse a bussare ad altre porte.

(A.2.2.) Se invece la Corte dichiara infondata la questione, poiché l'assorbimento della questione alla luce di un diverso parametro si può avere solo se la Corte ha pronunciato una incostituzionalità, in questa ipotesi significa che la Corte ha preso in esame anche i parametri interni, e non ha ravvisato alcuna antinomia rispetto ai parametri interni né rispetto a quelli europei. In questo caso il giudice può rivolgersi, e ragionevolmente si rivolgerà, alla Corte di giustizia. Se quest'ultima ritiene la norma in contrasto con la Carta UE,

³² Corsivo mio.

³³ Corte cost., sent. 63/2019, *Considerato in diritto*, punto 4.3.

come nell'ipotesi precedente, il giudice dovrà sollevare di nuovo la questione alla Corte perché verifichi che non siano coinvolti i controlimiti.

(A.2.3.) Se la Corte esercita il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sulla base della motivazione che, assegnando un certo significato al parametro europeo della cui interpretazione si dubita la norma interna ne sarebbe in contrasto, la Corte potrebbe o dichiarare l'incostituzionalità della norma interna *ex artt.* 11 e 117.1 Cost. o “proteggere” la norma interna attivando i controlimiti. L'opzione del rinvio pregiudiziale è sicuramente lo strumento da preferire perché consente alla Corte costituzionale di “avvisare” la Corte di giustizia in via preventiva che i controlimiti sono dietro l'angolo (come mi sembra abbia fatto con l'ordinanza n. 117 del 2019)³⁴.

Forse non è azzardato sostenere che la vera novità nel lungo percorso giurisprudenziale della Corte in questa materia è stato infatti il riconoscimento del potere di rinvio alla Corte di giustizia da parte della Corte stessa³⁵: la vera svolta si è verificata, come è stato notato, rispetto all'ord. 536 del 1995 (con cui la Corte, nel restituire gli atti al giudice *a quo*, aveva negato espressamente di essere sottoposta all'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale), e non rispetto alla sent. 170 del 1984, i cui termini restano sostanzialmente immutati³⁶.

Nella giurisprudenza del 2019 la Corte sembra dire ai giudici comuni che in futuro vorrà fare ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia frequentemente, come strumento ordinario, invitando implicitamente i giudici a sollevare a lei le questioni di tono costituzionale³⁷. Come è stato ancora detto, diversamente dal passato, «la Corte costituzionale dimostra piena consapevolezza del significato istituzionale dell'esercizio del “potere di rinvio”, che si è dimostrato per il nostro giudice non un fattore di debolezza, ma di forza nei rapporti con la Corte di Giustizia. Il “caso Taricco” ha dimostrato, in particolare, che attraverso il potere di rinvio è la Corte costituzionale che decide se e quando attivare il dialogo tra le Corti e a conservare l'ultima parola sulla vicenda processuale»³⁸.

³⁴ Che il rinvio pregiudiziale sia da preferire in qualunque ipotesi di evocazione dei controlimiti è sostenuto da A. TIZZANO, *Corte e Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 2006, V, 351 ss.; U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, vol. II, 1319 e ID., *Il ruolo della Corte costituzionale nel dialogo con la Corte di giustizia*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, vol. II, 1326.

³⁵ Il che è avvenuto prima con riferimento ai giudizi in via principale (ord. n. 103 del 2008) e poi a quelli incidentali (ord. n. 207 del 2013).

³⁶ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, 9-10. Cfr. altresì C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.

³⁷ Cfr. ancora N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 12.

³⁸ F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del*

Anche il Presidente della Corte, nella sua Relazione annuale sulla giurisprudenza del 2018, sembra mostrare una preferenza rispetto al rinvio pregiudiziale azionato dalla Corte stessa: «...al giudice comune è consentito, senza violare il primato del diritto dell'Unione, di esperire in via prioritaria l'incidente di legittimità costituzionale..., e nel giudizio incidentale di costituzionalità, se necessario, si potrà effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia relativo alla normativa dell'Unione. La Corte costituzionale è ben consapevole dell'utilità del rinvio pregiudiziale per un proficuo rapporto con la Corte di giustizia, tanto che si sente tenuta a motivare ampiamente nei casi in cui reputa di non dovervi ricorrere...»³⁹.

Secondo alcuni, del resto, lo stesso *obiter* del 2017 sarebbe stato una conseguenza dell'andamento della vicenda Taricco: come dire, per evitare un'altra Taricco!⁴⁰

2017, in *Federalismi.it*, 2018, 10. Analogamente v. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 7: «E' stato in occasione di questa vicenda ["saga Taricco"], probabilmente, che la Corte costituzionale ha toccato con mano il peso che essa è in grado di esercitare nel "dialogo" con le Corti in Europa, e in specie nell'interlocuzione diretta con la Corte di giustizia. Al tempo stesso, ha compreso quanto necessario e prezioso sia il suo ruolo di garante e interprete della Costituzione italiana, specie allorquando è in condizioni di giocare tale ruolo nello spazio giuridico europeo in chiave dialogica e cooperativa, e ha toccato con mano come non sempre un ruolo analogo possa essere adeguatamente svolto dai soli giudici comuni». Da ultimo anche G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2019, spec. 6.

³⁹ Presidente della Corte costituzionale, Relazione annuale sull'attività svolta nel 2018, cit., 20-21, dove viene ripercorsa la vicenda Taricco in termini molto trasparenti: «Nel 2018 il rinvio pregiudiziale è stato determinante al fine di riaffermare l'intangibilità dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato e di ottenerne dalla Corte di giustizia un riconoscimento quale elemento vitale dello stesso edificio europeo. Così la sentenza n. 115 del 2018 ha concluso una vicenda che diversamente sarebbe potuta deflagrare in un grave conflitto tra ordinamenti. Infatti, secondo una diffusa lettura, la Corte di giustizia, con la sentenza Taricco dell'8 settembre 2011, avrebbe obbligato l'Italia a non applicare un particolare regime della prescrizione a certi reati, in presenza di condizioni della disapplicazione non sufficientemente determinate, e ciò avrebbe determinato una inammissibile violazione del principio di legalità in materia penale. Solo in seguito al rinvio pregiudiziale disposto dalla Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, la Corte del Lussemburgo è stata posta in condizioni di chiarire che l'obbligo di disapplicazione non era destinato a operare nei casi in cui ciò avrebbe comportato la violazione della legalità penale dello Stato aderente, ovvero di un principio costituzionale che la sentenza n. 115 ha definito supremo».

⁴⁰ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 8.

(B) Se il giudice solleva contemporaneamente la questione d'illegittimità costituzionale alla Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁴¹, come nell'ipotesi precedente, quando il giudice ottiene una dichiarazione d'incostituzionalità, ha raggiunto l'obiettivo e un'eventuale pronuncia di antiunitarietà della Corte di giustizia non potrebbe che rafforzare l'esito della vicenda nel senso auspicato dal giudice *a quo*; quando invece quest'ultimo ottiene dalla Corte costituzionale una sentenza di non fondatezza e dalla Corte di giustizia una pronuncia di antiunitarietà deve risollevarla la questione alla Corte, «ricorrendone i presupposti» (cfr. A.1.2.).

(C) Se il giudice solleva prioritariamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, quando ottiene una pronuncia di antiunitarietà deve sollevare poi la questione alla Corte costituzionale («ricorrendone i presupposti»: cfr. A.1.2.). La novità sta in questo rispetto a quanto accaduto sinora: che il giudice non può fermarsi alla pronuncia di antiunitarietà della Corte di giustizia, quando si faccia questione di diritti fondamentali, come specificato in premessa. L'ipotesi – che occorre ribadire – è infatti che anche la Costituzione abbia qualcosa da dire sul caso in questione che riguarda un diritto fondamentale: e per verificare che la pronuncia della Corte UE non si ponga contro i principi supremi il giudice *deve* rivolgersi anche alla Corte costituzionale⁴².

⁴¹ Ipotesi da non preferire alla luce del principio di leale collaborazione, per evitare di causare conflitti e cortocircuiti tra le Corti: v. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 22. Cfr. Corte cost., ord. n. 85 del 2002, su cui v. F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giur. Cost.*, 2002, 781 ss. Con l'ord. n. 165 del 2004, di fronte a un caso in cui, contemporaneamente, un quesito analogo era stato sollevato da un giudice tramite una questione d'incostituzionalità e da un altro attraverso il rinvio, la Corte aveva scelto di rinviare a nuovo ruolo la trattazione, proprio in attesa che la Corte di giustizia potesse rendere la sua decisione. Sulla possibilità di adire contestualmente le due Corti cfr. R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2019; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.

⁴² G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., p. 5: sul punto ritiene che sinora così non è stato, perché «è ragionevole supporre che la pregiudiziale comunitaria, anziché essere prodromica a quella costituzionale, finisca talvolta per riassorbirla e renderla vana; che, cioè, i giudici rinuncino talora a sollevare una questione di costituzionalità, una volta riassunto il giudizio all'esito di un rinvio pregiudiziale. Non disponiamo, sul punto, di dati certificabili e oggettivi. Fa riflettere, però, che mentre gli atti di promovimento di questioni costituzionali declinano, cresce invece il ricorso dei giudici italiani al rinvio pregiudiziale, tanto che l'Italia figura al secondo posto – dopo la Germania – per numero di domande presentate; e pare meritevole di interesse il fatto che nei primi sei posti di questa classifica, nell'anno 2016 ... non compare la Francia, ove vige la regola della priorità della questione costituzionale sul rinvio pregiudiziale».

La diversa tesi, secondo la quale «la circostanza per cui il rinvio stesso [alla Corte UE] può aversi *anche* prima della rimessione degli atti al giudice costituzionale spiana la via ... alla disapplicazione immediata della norma nazionale, ove quest'esito sia sollecitato dalla risposta del giudice eurounitario»⁴³, non tiene conto della premessa: se si fa questione di diritti fondamentali, come non pensare a un possibile coinvolgimento dei principi supremi, in presenza dei quali non opererebbe la limitazione di sovranità *ex art. 11 Cost.*, e dunque il principio dell'effetto diretto (sempre che quest'ultimo trovi copertura costituzionale generale)? Su questo punto essenziale si tornerà tra breve.

Nella diversa ipotesi in cui invece il giudice ottenga una pronuncia di non antiunitarietà dalla Corte di giustizia, e non si ritenga soddisfatto, a maggior ragione potrà sollevare dopo questione d'incostituzionalità alla Corte costituzionale sulla base di parametri interni.

4. Il *favor* per la priorità del giudizio d'illegittimità costituzionale quando si faccia questione di diritti fondamentali

Come è evidente dal quadro analitico illustrato, *tutte* le ipotesi prese in esame portano a una medesima conclusione: il *favor* che dovrebbe essere riconosciuto *alla priorità del giudizio d'illegittimità costituzionale quando si faccia questione di diritti fondamentali*. Anche se la Corte, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, e in nome del principio di leale collaborazione, afferma che il giudice a quo *può* in qualsiasi momento rivolgersi alla Corte di giustizia, il punto decisivo è che siccome in tutte le questioni di doppia pregiudizialità che coinvolgono diritti fondamentali, il parametro interno potrebbe ragionevolmente coinvolgere i controlimiti, inutile sarebbe una pronuncia diversa della Corte di giustizia (...e forse sarebbe anche dannosa, poiché potrebbe innescare un conflitto tra le Corti). Finanche per economica processuale il giudice *a quo*, in questi casi, e solo in questi casi, dovrebbe rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale⁴⁴.

⁴³ A. RUGGERI, *I rapporti tra corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, cit., 170.

⁴⁴ G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., 1: «Il mutamento di indirizzo risiede nel rovesciamento dell'ordine di trattazione di questioni attinenti al contrasto di una norma interna con la Costituzione e, contemporaneamente, con il diritto eurounitario (e precisamente con la Carta dei diritti dell'Unione europea); nell'inversione dell'ordine logico e cronologico della "doppia pregiudizialità". La Corte afferma, infatti, di volersi disporre in futuro a giudicare "alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei secondo l'ordine di volta in volta appropriato", ma lascia subito intendere che la questione di legittimità costituzionale sarà *ordinariamente* trattata per prima, lasciando la pregiudiziale comunitaria in posizione successiva e comunque eventuale».

E soprattutto – e questo è il punto decisivo – se la Corte si pronuncia *prima* sulla base dei parametri interni, avvisando, per così dire, la Corte di giustizia, potrebbe evitare di opporre, *dopo*, i controlimiti: mossa che certo non agevolerebbe la leale cooperazione, ma che la Corte sarebbe costretta comunque a mettere in atto qualora la Corte di giustizia si pronunciasse in modo difforme, non tenendo conto dell'avviso della Corte costituzionale⁴⁵. La prioritaria pronuncia della Corte costituzionale funzionerebbe da “sistema di allarme” per la Corte di giustizia.

In conclusione: è preferibile riconoscere alla Corte il diritto alla *prima* parola; riconoscerle il diritto all'*ultima* parola vorrebbe dire ammettere il dispiegarsi del conflitto, che nel primo caso si potrebbe forse evitare⁴⁶.

⁴⁵ G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., 2: «Appare in effetti evidente che l'esigenza di armonizzare l'interpretazione dei diritti di conio europeo con gli omologhi diritti radicati nella Costituzione sarà garantita in modo più efficace e immediato se i giudici istituzionalmente chiamati a custodire la tradizione costituzionale interna si pronunceranno per primi sul diritto in questione piuttosto che intervenire – come finora è stato – in via successiva con il rimedio estremo e ruvido dei controlimiti. A ben vedere, dunque, nel fine che la Consulta dichiara di perseguire è leggibile, in filigrana, il verso ascendente (dall'ambito interno a quello europeo) della duplice pregiudizialità e il conseguente carattere prioritario che sarà accordato alla questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia». E ancora, 8-9: «Mutare l'ordine delle pregiudiziali significa ... invertire il verso discendente del primato, calato dall'alto come un postulato *a priori* sulle realtà nazionali, e propiziare un movimento ascendente di elaborazione giurisprudenziale dei diritti e del diritto, che si compie a partire dai materiali forniti dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Così attivando una dinamica normativa in cui il rispetto dell'identità costituzionale non rappresenta il confine esterno ed estremo della discrezionalità interpretativa dei giudici di Lussemburgo, ma un'essenziale coordinata ermeneutica delle norme europee. Alla logica avversariale sottesa all'apposizione dei controlimiti – che sono con una venatura di ipocrisia era possibile definire dialogante – l'ambiziosa sentenza in esame mira dunque a sostituire la logica orizzontale e paritaria dell'*early warning* (...una logica che – sia lecito dirlo “con il senno di poi” – avrebbe forse prevenuto lo scontro andato in scena sul caso Taricco)».

⁴⁶ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 24: «L'idea che, in un sistema “a rete”, la prima parola sia tendenzialmente più importante dell'ultima sta perciò progressivamente prendendo piede e, in qualche misura, il dibattito sulle priorità nei casi di doppia pregiudizialità è emblematico di ciò: la Corte costituzionale, rispetto a tenersi il diritto ad esercitare, in teoria, un'ultima parola che non è mai stata chiamata ad esprimere, ha preferito ora invocare il diritto ad intervenire tempestivamente in sede di garanzia dei diritti fondamentali, anche ove previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comprendendo quanto importante sia formulare direttamente la domanda alla Corte di giustizia. Non è probabilmente un caso che l'espressione “prima parola” sia stata esplicitata nella motivazione della sentenza n. 20 del 2019». Analogamente v. D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., 616: «lo scopo perseguito dalla Corte italiana [è] stato quello ... di riacquistare il diritto alla *prima parola* in tema di garanzia dei diritti nell'ambito del giudizio in via incidentale». A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dot-*

5. La legge politica tra giudici e Corti

L'obiezione principale che viene mossa a queste conclusioni è che il principio dell'effetto diretto impedirebbe *a priori* al giudice di sollevare la questione d'illegittimità costituzionale: la violazione del principio dell'effetto diretto sarebbe un illecito sovranazionale, in quanto il principio discende dai Trattati, e, al medesimo tempo, attraverso l'art. 11 Cost., un illecito costituzionale⁴⁷.

Ora, ammesso che il principio dell'effetto diretto possa trovare generale copertura costituzionale, il che è fortemente discutibile e discusso, potendosi semmai ricavare dall'art. 11 Cost. il principio di prevalenza del diritto UE, e sempre che esso resti nei confini delle attribuzioni conferite alle sue istituzioni⁴⁸, *nei casi di cui si sta discorrendo, la questione, in ultima analisi, è proprio se l'art. 11 Cost. possa permettere la limitazione di sovranità ivi prevista (consentendo eventualmente il dispiegarsi degli effetti giuridici del diritto UE) o se ricorrano invece i controlimiti (e dunque tale limitazione debba essere preclusa)*⁴⁹.

trina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019), in *Osservatorio Costituzionale*, 2019, 11, sottolinea che resta irrisolta il problema principale, ossia quello delle conseguenze della mancata accettazione della proposta di collaborazione da parte della Corte di giustizia: «sarebbe risolutiva l'applicazione dei “controlimiti” da parte della Corte costituzionale? La risposta resta sospesa».

⁴⁷ A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitarità”*, cit., 478; ID., *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di ricostruzione*, cit., spec. 499.

⁴⁸ Interessanti osservazioni sull'evoluzione della *ratio* del principio dell'effetto diretto si trovano in G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivistaaic.it*, 2019, spec. 2-3.

⁴⁹ Da ultimo cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivistaaic.it*, 2017, spec. 10: «la legittimazione all'intervento o del Giudice comune o della Corte va sempre trovata nella Costituzione italiana, nell'art. 11 della stessa (fino a quando almeno non si avrà una costituzione europea che “unifichi” i due ordinamenti, oggi “distinti ma coordinati”)». Ma v. già M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*. Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria italiana, Torino, 27-29 ottobre 2011, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 79: «La prospettiva costituzionale richiede di essere recuperata anche là dove, di fatto, al di là del formale ossequio alla dottrina dei controlimiti, la si è sterilizzata: nella prospettiva della interazione sovranazionale. Non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell'art. 11 della Costituzione, il cui significato essenziale è che il posto dell'Italia in Europa (e comunque in tutte le istituzioni create da accordi internazionali) deve deciderlo l'Italia, perché, quale che sia la prospettiva che si assume, è nella Costituzione (nelle singole costituzioni degli Stati membri) che giace la legittimazione delle istituzioni sovranazionali, non viceversa. Da tempo questo dato appare trascurato da una parte significativa della nostra dottrina, che ha tradotto

E con ciò arriviamo alla questione politico-costituzionale che sta al centro del dibattito che si è scatenato intorno alla giurisprudenza costituzionale in commento. Le ragioni politico-costituzionali che hanno spinto la Corte a precisare nei termini di cui sopra la questione della doppia pregiudizialità sono riconosciute da tutti e hanno a che vedere con la progressiva marginalità della Corte stessa nella tutela dei diritti fondamentali e nel corrispondente aumento del protagonismo dei giudici comuni e della Corte di giustizia⁵⁰.

l'entusiasmo europeista (sul quale, in sé, non vi sarebbe nulla da dire) in sovrapposizione della logica comunitaria a quella costituzionale. La storia e il tenore testuale delle disposizioni di riferimento dicono, invece, che deve essere il contrario». Del resto lo stesso A. RUGGERI, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 509, riconosce che «l'art. 11 è stato fatto oggetto di un sovraccarico di valenze. Altro è infatti ... la previsione, innegabile, *per tabulas*, della assoggettabilità della sovranità a limitazioni ed altra cosa il modo con cui l'assoggettamento avrebbe potuto (e potrebbe) in concreto aversi. E, invero, la Carta nulla dice circa il modo o i modi con cui siffatte limitazioni possono prendere forma e fino a che punto è consentito loro di spingersi, fermandosi alla mera loro previsione».

⁵⁰ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. Cost.*, 2019, spec. 487. Cfr. altresì G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., 4: «Le ragioni di politica costituzionale che hanno ispirato la sentenza in esame poggiano su dati di significato inequivoco, che attestano un prosciugamento dei giudizi in via incidentale e una conseguente, progressiva estraneazione della Corte costituzionale dai processi di più attiva tutela dei diritti fondamentali». Sullo specifico ruolo della CDFUE nel processo di marginalizzazione della Corte costituzionale nella tutela dei diritti cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 134. In argomento cfr. altresì N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 4, il quale condivide «la volontà della Corte costituzionale di attivare forme di accesso alla giustizia costituzionale più ricche e variegate rispetto a quelle attualmente esistenti», «nella convinzione ... che vi sia un'esigenza dell'ordinamento a porre in essere meccanismi in grado di assicurare un più penetrante e tempestivo controllo di costituzionalità di atti e poteri». Cfr. anche D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., 619: commentando la pregressa giurisprudenza costituzionale in materia ritiene che «l'estraniamento della Corte rispetto al diritto comunitario ... incrocia e, persino, rafforza, fenomeni giuridici che, pur essendo eterogenei, hanno come effetto comune quello di: emarginare la Corte costituzionale dal *judicial review* delle leggi riconosciute dalla stessa Costituzione; rendere *permeabile* la tutela dei diritti alle fonti *esterne*; far *strabordare* il ruolo dei giudici comuni». S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudiziale alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 2019, 646, sottolinea l'obiettivo della più recente giurisprudenza costituzionale di contenere «prassi giudiziarie contrassegnate da una certa disinvoltura nell'uso di ... materiale normativo [sovranazionale]». In senso favorevole a un ritorno all'accentramento cfr. R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all' "accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro It.*, 2018, 2226 ss.; 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 *Federalismi.it*,

Dei giudici comuni, soprattutto, che hanno enfatizzato il loro ruolo di giudici dei diritti attraverso l'applicazione diretta di documenti costituzionali, nazionali e sovranazionali, e attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme a questi ultimi⁵¹.

La giurisprudenza costituzionale in commento, che pare aver inaugurato un'inversione di rotta rispetto a tale tendenza, è stata tacciata, nella migliore delle ipotesi, di essere espressione di un atteggiamento qualificabile alla stregua di un non meglio definito sovranismo costituzionale. Taluni si sono spinti a qualificare tale atteggiamento con l'espressione «suprematismo giudiziario»⁵². Altri hanno sostenuto che il giudice delle leggi, con questa nuova giurisprudenza, si farebbe «portatore di un *animus* pervaso da un nazionalismo costituzionale ad oltranza, espressivo di un'idea mitica o sacrale di Costituzione»⁵³.

2018; A. ANZON, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

⁵¹ Tra gli altri, lo ha fatto notare A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., spec. 4 (dove parla di «fascino esercitato dalla Carta» e della «possibilità che si apre al Giudice di disapplicare la norma nazionale contrastante con la Carta di Nizza anziché sollevare una questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale per violazione di norme della Costituzione italiana»). Cfr. altresì G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., 4-5: «Il declino dell'incidentalità, che sarebbe azzardato ricondurre a una più ridotta "domanda di tutela costituzionale" e addirittura temerario connettere alla qualità redazionale delle leggi (*more solito* scadente), appare piuttosto il riflesso naturale di una generale tendenza dei giudici comuni a dilatare al massimo le tutele soggettive attraverso l'interpretazione e applicazione diretta di norme che ampliano la sfera di protezione dei diritti. Questa tendenza ha propiziato, da un lato, il ricorso talvolta forzato all'interpretazione conforme, di cui la dottrina più avvertita ha incessantemente segnalato le insidie; dall'altro, l'applicazione diretta di norme convenzionali ed europee pur provviste di tale diretta efficacia. In entrambi i casi sottraendo la risoluzione di questioni di tono costituzionale al loro "giudice naturale"». Enfatizza invece il ruolo del giudice comune G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, 15.

⁵² Così A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019, spec. 258 ss.

⁵³ A. RUGGERI, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, cit., 2019, 516. Di «volontà di accentramento» da parte della Corte discorre anche D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivistaaic.it*, 2019, 221.

Peraltro il profilo della doppia pregiudizialità in commento sarebbe solo uno dei sintomi del rinnovato attivismo della Corte costituzionale in materia di tutela dei diritti: a questo profilo si devono aggiungere, secondo M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 11, almeno: le posizioni assunte nei confronti dell'ordinamento internazionale, come interpretato dalla Corte dell'Aja, nonché nei confronti della CEDU e della stessa

Il dibattito resta tuttora aperto, e certamente il più generale contesto geo-politico, nazionale e sovranazionale, di cui questa giurisprudenza costituisce solo un frammento, non aiuta a fare chiarezza: sarebbe opportuno sbarazzarsi in ogni caso dell'ambigua espressione "sovranismo", perché la sovranità – se ben intesa, alla luce degli artt. 1 e 11 della Costituzione italiana, i quali escludono ogni riferimento ad ambigui e foschi miti, a realtà extrasociali e ad assolutismi nazionalistici – è cosa buona e imprescindibile.

Quel che è certo è che il dibattito sul recente corso giurisprudenziale in questa materia non ha tenuto nella dovuta considerazione il fatto che la vera vittima del sindacato diffuso di eurounitarietà, nelle forme che ha assunto nel corso dei decenni, e con tutti i suoi corollarî e protagonisti, non è stata, in ultima analisi, la Corte costituzionale, che viene oggi accusata di voler riappropriarsi del ruolo di custode dei diritti fondamentali come elementi essenziali dell'identità costituzionale (e come del resto essa stessa afferma di voler fare nelle sue ultime sentenze). Se scaviamo un po' sotto la superficie è facile riconoscere che *la vera vittima del sindacato diffuso di eurounitarietà, si ripete, con tutti i suoi corollarî e con tutti i suoi protagonisti*, è stata *la legge, e dunque sono stati il principio democratico e il principio della sovranità popolare, di cui la legge è espressione*. Altrimenti detto: il massiccio ricorso dei giudici comuni alla Corte di giustizia, di cui si è registrata una continua crescita, ha consentito ai giudici medesimi di «raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe [stato] loro precluso: liberarsi dal vincolo della legge»⁵⁴.

Il grande assente di tutta questa vicenda è infatti il legislatore politico. La restituzione alla Corte della *prima* parola, nei termini e nei casi di cui si è detto, deve essere compresa alla luce del diritto costituzionale positivo che tutela la legge politica, e, dunque, il principio della sovranità popolare: il monopolio della Corte nel giudizio accentrato sulle leggi deriva – e a maggior ragione quando queste leggi si risolvono nella determinazione di enunciati costituzionali che riguardano beni fondamentali, ossia nell'esercizio del-

interpretazione della Carta dei diritti fondamentali offerta dalla Corte di giustizia (cfr. sent. 238/2014; sentt. 264/2012 e 49/2015, ord. 24/2017 e sent. 115/2018); il parziale allentamento dell'onere di interpretazione conforme e la tendenza dei relativi interrogativi a spostarsi dall'ammissibilità al merito (cfr. sent. 221/2015 e sent. 42/2017); le novità in tema di incidentalità (cfr. sent. 1/2014 e sent. 35/2017) e in tema di effetti nel tempo delle decisioni (cfr. sent. 10/2015, sent. 178/2015 e ord. 207/2018); una maggiore larghezza nel valutare l'ammissibilità, per es., di questioni su norme regolamentari (sent. 180/2018 e 200/2018); una rimediazione della dottrina delle rime obbligate (sent. 236/2016, 222/2018, 112/2019).

⁵⁴ R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista*, 2018, 624-625. Del medesimo A. v. anche *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 69 ss.; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. Cost.*, 2019, 11 ss. Rileva che la questione aperta sia il rapporto tra giurisdizioni e sedi della decisione politica anche S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2019.

la funzione rappresentativa in senso proprio – in primo luogo dall'art. 101 Cost., e al «sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale» fa significativamente riferimento non a caso la Corte costituzionale stessa nella sent. 269⁵⁵.

L'art. 101 Cost. delimita infatti i confini costituzionali del ruolo del giudice, il quale amministra la giustizia «in nome del popolo», e non certo in Rappresentanza di esso (nel senso più profondo e autentico del concetto), ed è soggetto «soltanto alla legge», cioè alle regole poste da chi il popolo Rappresenta (di nuovo nel senso più profondo e autentico del concetto)⁵⁶. La legge è la determinazione reversibile di enunciati costituzionali indeterminati, ossia è la definizione provvisoria di un conflitto politico secondo un determinato compromesso: se il giudice ritiene che non stia dentro il quadro dei principi costituzionali, *deve* ricorrere alla Corte costituzionale. Questo prevede il nostro ordinamento costituzionale, anche in riferimento alle sue aperture internazionali e sovranazionali: sia la UE sia la CEDU sono ordinamenti non sovrani né superiori, ma derivati dall'autorità degli Stati e istituiti grazie ad atti di diritto internazionale, recepiti e protetti ora dall'art. 117, comma 1, Cost. In nessun modo il ricorso a tali ordinamenti può servire il fine di liberarsi dai vincoli interni, ai quali i giudici sono soggetti, *secondo le diverse forme previste dall'ordinamento interno stesso*. I tentativi di molti giudici di liberarsi dai vincoli interni attingendo a questa o a quella carta dei diritti, a questa o a quella corte dei diritti, non stanno dentro il nostro quadro costituzionale⁵⁷. L'idea che spetti ai giudici, come è stato detto, «alimentare incessantemente i contenuti dei rispettivi documenti in un gioco al rialzo rivolto al perseguimento della miglior tutela possibile dei diritti fondamentali»⁵⁸, è un'idea a dir poco irenica: un gioco, appunto, che non si avvede che tra

⁵⁵ ...da cui discende una pluralità di corollari, come, per esempio, la garanzia della certezza del diritto. Tra gli altri, insiste su tale profilo F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2019. Cfr. altresì M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 18: «Non si tratta solo di valorizzare l'effetto *erga omnes* delle pronunce di accoglimento, con il suo specifico carattere di certezza. Si tratta anche di fare in modo che, nelle discussioni sui diritti fondamentali, non sia emarginato, e venga anzi immediatamente coinvolto un organo che si caratterizza sia per la sua particolare prospettiva di sistema, sia per il ruolo di massimo custode della tradizione costituzionale nazionale, che lo abilita (a fare valere i controllimiti e quindi) a rivolgersi con speciale autorevolezza ai colleghi europei (come ben ha dimostrato il caso *Taricco*)».

⁵⁶ Ovviamente la letteratura sul punto è sterminata. Sia consentito solo il riferimento a I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*. Atti del XXXI Convegno annuale, Trento, 11-12 novembre 2016, Napoli, 2017, 329 ss. (e in *Rivistaaic.it*, 2017).

⁵⁷ R. BIN, *Intervista*, cit., 8.

⁵⁸ R. G. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in A. CIANCIO (a

diritti vi è semmai un drammatico conflitto e che il c.d. *maximum standard* è una formula vuota perché ogni riconoscimento di un diritto non avviene mai a costo zero, e il costo non è evidentemente solo di natura economica (in un contesto pluralista e conflittuale appunto)⁵⁹.

La concretizzazione/determinazione delle disposizioni costituzionali in materia di diritti, e dunque, in fondo, la stessa determinazione dell'identità costituzionale, spetta in primo luogo al legislatore politico – al Rappresen-

cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Torino, 2017, 99.

⁵⁹ Sulla tutela multilivello che deriva dalla sovrapposizione di diversi documenti normativi, riconosce M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Cortecostituzionale.it*, 2017, che «la complessità del sistema di tutela dei diritti fondamentali nello spazio costituzionale europeo, un tempo oggetto soltanto di riflessioni accademiche e dottrinali, è divenuta una realtà pressante ad elevato tasso di problematicità per il concreto agire delle giurisdizioni chiamate a garantire i diritti della persona. Costituzioni nazionali, Carta dei diritti dell'Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo concorrono indubbiamente al rafforzamento del sistema delle garanzie. E tuttavia i loro reciproci rapporti sono tutt'altro che lineari e immediati. Anzitutto, perché l'elenco dei diritti inclusi in ciascuno di questi documenti non è perfettamente sovrapponibile a quello degli altri. In secondo luogo, per le inevitabili divergenze interpretative che si riscontrano nella giurisprudenza e nelle prassi applicative di ciascuno di essi: il bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti che si rende necessario di fronte alle esigenze della singola controversia, può aprire a percorsi ermeneutici divergenti anche a fronte di testi formulati in termini apparentemente analoghi. Infine, perché ciascun sistema di tutela dei diritti risponde a una ratio e a una finalità diverse: altro è una Costituzione nazionale, fondamento e apice dell'intero ordinamento giuridico statale; altro è la Convenzione europea, volta ad assicurare uno standard minimo comune agli Stati aderenti e operante solo in via sussidiaria rispetto alle garanzie nazionali; altro ancora è la Carta dei diritti dell'Unione che opera sì in settori delimitati, ma in quegli ambiti tende a porre uno standard comune e uniforme di tutela tra tutti gli Stati membri». E ancora: ««i criteri di tipo quantitativo, incentrati sulla misurazione del minimo e del massimo standard di protezione, sono intrinsecamente inadeguati a risolvere i conflitti tra diritti, per la struttura relazionale che li connota. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana conosce un principio che per alcuni aspetti è assimilabile a quello del massimo standard, ma che è altresì dotato di caratteristiche significativamente diverse. Si tratta del criterio della «massima espansione delle garanzie» (sent. n. 85 del 2013): essa richiede il più ampio livello di tutela riferito, però, non già al singolo diritto, interesse o principio costituzionale singolarmente individuato, bensì all'insieme delle garanzie, derivante da una lettura sistematica, non frammentata di tutti i beni costituzionalmente rilevanti. La massima espansione delle garanzie guida il bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco, imponendo a ciascuno di essi un sacrificio nella misura strettamente necessaria per assicurare la massima contestuale garanzia di tutti, al fine di evitare che la piena affermazione «tirannica» di uno dei valori determini l'annientamento degli altri. Ci si potrebbe interrogare se una tale forma di bilanciamento dei diritti, tesa alla massima affermazione di tutti, ma entro i «limiti del possibile», possa trovare applicazione anche nei rapporti intersistemici e possa offrire uno strumento di qualche utilità per la soluzione di quei delicatissimi casi in cui gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo proteggano il medesimo diritto secondo accezioni e ampiezze diverse».

tante (si ripete: nel senso più profondo e autentico del concetto) – e non ai singoli giudici, su sollecitazione dei privati: il principio degli effetti diretti non è nient'altro che un principio giurisprudenziale «escogitato per affidare ai privati il controllo sull'efficacia delle norme europee che fondino diritti individuali (si parla infatti di *private enforcement* del diritto UE)»⁶⁰.

Se dunque il nuovo corso giurisprudenziale è funzionale alla tutela, in ultima analisi, del principio della sovranità popolare, questo non avviene «per un malinteso nazionalismo costituzionale» per il quale «può assumersi essere *in ogni caso* maggiormente attrezzata culturalmente e positivamente la Costituzione rispetto alle altre Carte al fine di poter rendere un servizio adeguato ai beni della vita dei quali si reclama di volta in volta tutela»⁶¹: la nostra Costituzione non è certo la più attrezzata, ma è la nostra. È la tutela del principio della sovranità popolare che richiede una vera e propria Corte costituzionale quale custode dell'identità costituzionale. E la Corte di giustizia *non* è una corte costituzionale e la Carta dei diritti *non* è una costituzione.

Dunque la Corte come custode dell'identità costituzionale significa, in ultima analisi, che è custode del principio della sovranità popolare. Per tali ragioni non si possono non condividere le osservazioni secondo le quali «se è nella contingenza storica degli ultimi anni che si possono trovare i motivi dell'attuale fortuna dei controllimiti e se la loro funzione più immediata è quella di essere un usbergo della statualità, le ragioni profonde di questo istituto stanno altrove. E stanno, molto semplicemente, nel principio democratico». È la stessa Costituzione del resto che presuppone il legame tra identità costituzionale e principio democratico: «si noti che l'art. 11 stabilisce che è l'Italia, non lo Stato, che “*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*”. Poiché l'art. 1 riserva la sovranità al *popolo*, consentire allo Stato di disporre le limitazioni avrebbe significato contraddire lo stesso *incipit* della Costituzione. Non bisogna equivocare: se è l'Italia (e quindi l'Italia in quanto Repubblica, come recita sempre l'art. 1) e non il popolo che può acconsentire a limitazioni di sovranità lo si deve semplicemente al fatto che questo non ha soggettività internazionale, ma ciò che conta è che quel che si sta limitando è sempre la sua sovranità». Ne deriva che «i contro-

⁶⁰ R. BIN, *Intervista*, cit., 31. Cfr. F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham UK, 2015. Cfr. altresì A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., spec. 6-7, assai critico nei confronti di quella dottrina che «tende a teorizzare la progressiva nascita di una “trans-costituzione” o “inter-costituzione”, una sorta di “puzzle” giuridico che mette insieme varie Carte, nazionali, europee e internazionali: si parte da un bisogno o da una aspirazione ritenuti meritevoli di tutela – spesso individuati ricorrendo a criteri metagiuridici – e si vanno poi a spigolare, raccogliendoli qua e là nelle varie Carte, più o meno consistenti frammenti normativi».

⁶¹ A. RUGGERI, *Intervista*, in *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, cit., 16.

limiti ... non sono altro che la salvaguardia della sovranità popolare. Essa, dunque: a) può essere limitata, ma non ceduta; b) poiché deve essere esercitata “*nelle forme e nei limiti della Costituzione*” (art. 1), sempre e solo in quelle forme e in quei limiti può essere – logicamente – limitata. Se, dunque, la stessa Costituzione stabilisce limiti alla propria rivedibilità, quei medesimi limiti devono valere nei confronti della c.d. “apertura internazionalistica” della Repubblica. Di qui il consenso che deve essere manifestato nei confronti della sent. Corte cost. n. 238 del 2014 nella parte in cui, ponendo fine ad alcune incertezze alimentate dalla dottrina, chiarisce che i principi supremi della Costituzione che fungono da limiti alla revisione non sono diversi da quelli che restano invalicabili per le fonti sovranazionali e per quelle internazionali». Nel quadro delineato dalla Costituzione allora «la questione dei controlimiti si presenta nella sua luce corretta: non una (per taluno odiosa e retriva) resistenza degli Stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma la rigorosa affermazione della sovranità popolare, perché nei sistemi democratici i cittadini hanno questo, di caratteristico: che vorrebbero contare qualcosa nelle decisioni che toccano l'intera comunità politica»⁶².

Il tema dunque è e resta quello del *deficit* democratico: formula che da decenni andiamo stancamente ripetendo, ma che continua a essere di estrema attualità, proprio nell'epoca presente nella quale è emerso in tutta la sua evidenza che un'aggregazione di titolari di (una ormai assai vasta gamma di) diritti civili e di libertà economiche non è una comunità politica, e che mercato unico, Carte e Corti dei diritti, avendo realizzato le arene di dimensione europea per l'esercizio delle libertà economiche e civili da parte dei loro soggetti titolari, non hanno affatto posto in tal modo le basi oggettive per la loro successiva Rappresentanza politica (come qualcuno aveva invano sperato).

⁶² M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 2016, 6-7. Cfr. altresì ID., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017. In senso opposto R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, 2017; A. RUGGERI, *I rapporti tra corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, cit.

LA CEDU COME PARAMETRO, TRA CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICI COMUNI

di Elena Malfatti*

SOMMARIO: 1. Premesse sull'impostazione del lavoro. - 2. L'approccio "originario" alla Convenzione europea da parte della Corte costituzionale. - 3. Un caso di utilizzo più pregnante degli insegnamenti di Strasburgo, e le aspettative da esso ingenerate. - 4. Una tecnica di sostanziale neutralizzazione della CEDU: l'"assorbimento" del parametro interposto. - 4.1. (*segue*): i significati del richiamo alla Carta sociale europea: tutti i trattati internazionali sono eguali? - 5. Verso un utilizzo, finalmente, "a viso aperto" della Convenzione... - 5.1. (*segue*): ...tra incertezze perduranti e approdi recenti. - 6. Venendo ai giudici comuni (non solo "in controluce"): la percezione del parametro CEDU attraverso la lettura di alcune vicende esemplari. - 7. La richiesta di parere consultivo ai sensi del Protocollo 16: canale effettivo di comunicazione tra giudici o "dono avvelenato" per la Corte di Strasburgo? (cenni). - 8. Per (non) concludere.

1. Premesse sull'impostazione del lavoro

Il tema che mi è stato assegnato risulta in apparenza settoriale, e mi consente, intanto per questo, di esprimere preliminarmente un apprezzamento per l'impostazione del Seminario di quest'anno del Gruppo di Pisa; credo infatti che per tutte le relazioni – nonostante l'ampiezza del titolo che si è voluto dare alla giornata del 25 ottobre, e della stessa prospettiva della sessione pomeridiana – si dovesse comunque considerare sottesa la volontà del Direttivo uscente che le ha ideate di evitare genericismi, quali quelli connessi ad espressioni ormai abusate (i rapporti tra le Carte sui diritti, il dialogo tra i giudici, o tra le Corti, costituzionale e sovranazionali, etc.) – che in altri frangenti storici probabilmente erano invece accettabili, ed anzi verosimilmente opportune, ma che lo stadio attuale di sviluppo della giustizia costituzionale italiana, nel suo volgere lo sguardo anche all'attività delle Corti europee, impone viceversa oggi di accantonare – a vantaggio di un discorso possibilmente mirato a focalizzare alcuni elementi precisi, sintomatici, capaci di restituirci il "termometro", lo stato di salute del sistema con il quale andiamo confrontandoci. Anzi, almeno dal mio punto di vista, quello odierno è un momento adatto per tentare un bilancio oculato, trascorsi dodici anni ormai dalle c.d. sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 (per brevità, d'ora in poi, sentenze gemelle) – che segnano, bene o male, un punto di non ritor-

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Pisa.

no rispetto al passato, e ancora offrono un riferimento essenziale, ai giorni nostri, per decifrare la giurisprudenza italiana rispetto alla CEDU - essendo stato possibile reperire diversi indicatori sui quali imbastire un ragionamento; di più, la complessità delle singole questioni sulle quali giudici comuni, Corte costituzionale, Corte europea quasi quotidianamente intervengono ha imposto di dare almeno 'un occhio' alla prospettiva propria dei colleghi di altri settori disciplinari (civilisti, penalisti o processualisti), senza pretesa di esaustività, ma per avere un qualche riscontro sui significati da assegnare ad alcune vicende che mi sono apparse emblematiche.

Sempre in premessa, credo di poter evidenziare come il tema assegnato in realtà fosse anche insidioso, per via di una possibile disarmonia tra il titolo della relazione (che pure mi è stato cortesemente proposto e che ho liberamente confermato) e il titolo del seminario, evocativo di un 'accentramento' dalle caratteristiche almeno in certa misura differenti dal passato, più o meno recente, dunque di un 'nuovo accentramento': in altri termini, il tema specifico del 'parametro CEDU' - pur di per sé enucleatosi in tempi assai prossimi a quelli odierni, proprio in conseguenza delle sentenze gemelle - non mi è parso così semplice da collegare al macrotema suddetto, se è vero che [pur volendoci collocare nell'ottica suggestiva e per certi versi inedita di una *composita* Costituzione europea¹, o nell'altra, altrettanto intrigante, delle 'Corti della giurisdizione'² che contribuiscono a inverare una prospettiva forse non brutalmente antagonista ma nemmeno idilliaca di integrazione delle tutele (sent. n. 317/2009, secondo un criterio il quale, vedremo, ha ripreso vigore di

¹ L'espressione è ripresa da N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in www.federalismi.it, fasc. n. 13/2019, 4 e poi 25-26, per alludere al fatto che quella Costituzione è frutto di autolimitazioni e riconoscimenti reciproci, e non di un ordinamento che si impone sull'altro. Già era stato elaborato in dottrina il concetto di una giustizia costituzionale "reticolare", nella sua dimensione europea: P. CARROZZA, *Tradizioni costituzionali comuni, margine di apprezzamento e rapporti tra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo. Quale Europa dei diritti?*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 574-575. V. anche F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (Fron judge-made law to judge-made Europe)*, in www.federalismi.it, fasc. n. 15/2019, 9, che riprende a sua volta alcuni lavori di S. CASSESE, tra i quali *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 303.

² Ricorre a questa immagine G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in www.rivistaAIC.it, fasc. n. 2/2019, 160, per spiegare incisivamente come le Corti costituzionali e sovranazionali abbiano progressivamente ridotto il proprio ruolo di Giudici dei principi, che conformano cioè l'ordinamento *pro-futuro*, a vantaggio di un'attività di valutazione del caso singolo e concreto. Entrano in gioco tutte le giurisdizioni, di tutti i Paesi membri, con il rischio di una sorta di "colonialismo giurisdizionale", inteso nel senso che la giurisdizione "politicamente" più forte orienta, e per certi aspetti impone, la propria Weltanschauung.

recente) che le stesse possono offrire] sul piano dei significati in generale e del valore da attribuire alla CEDU, per come li ha sviscerati la Corte costituzionale, la riflessione sembrerebbe ormai, per così dire, *âgée*: non a un ipotetico, *nuovo* accentramento, cioè, dovremmo pensare, ma ad un accentramento ovvio, consolidato, se è vero che da ben 12 anni - in un contesto nel quale, come noto, la nostra Corte ancora faceva fatica a entrare attivamente, quale protagonista, nell'ottica del rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo - essa è venuta ad affermare invece chiaramente (semplifico al massimo) che le questioni di costituzionalità le quali implicino una considerazione della CEDU, e delle interpretazioni che essa riceve dalla Corte di Strasburgo, ma che mettono a repentaglio altri principi (e altri diritti) costituzionali devono arrivare a Roma; voglio dire, in altri termini, che nel 2007 si sono scritte senz'altro due motivazioni gravide di significati (che oggi a ben guardare non chiameremmo nemmeno probabilmente più "gemelle"), che hanno meritato lunghe digressioni e dibattiti, ma che indubbiamente, oltre a valorizzare il ruolo del giudice comune nel tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme, hanno riservato e senza incertezze un ruolo di primissimo piano alla stessa Corte costituzionale.

Dunque - questo almeno mi sembrerebbe il punto di partenza - le sentenze gemelle hanno disegnato un giudizio di costituzionalità che sotto questo profilo sarebbe dovuto rimanere saldamente 'accentrato', nonostante linee di tendenza differenti, che fino a qualche anno addietro erano percepibili e che avevano fatto a più riprese ipotizzare una 'diffusione' (non tanto del giudizio in sé, quanto) dell'utilizzo della Carta fondamentale. In realtà il quadro della giurisprudenza costituzionale e comune di questi anni, che ho cercato di rivalutare criticamente ai fini di questa relazione, è più fluido (e pertanto complesso) di quello che potrebbe sembrare, e lo è per diversi ordini di ragioni: per l'uso effettivo e per certi versi singolare - perlomeno a me è parso - che la Corte è venuta facendo del parametro CEDU; inoltre in virtù di quanto, dei problemi di raccordo tra ordinamento interno e Convenzione, comunque non arriva alla Corte costituzionale, ma resta assorbito - appunto - dalla prospettiva dell'interpretazione convenzionalmente conforme nella quale sono stati chiamati a calarsi e a cimentarsi i giudici comuni. Una prospettiva che potrebbe paradossalmente essere stata alimentata - anticipo sommariamente quanto cercherò di spiegare - dalla ritrosia della stessa Corte costituzionale a dar spazio concreto alla CEDU (una ritrosia forse non più così evidente, vedremo, o comunque meno forte, da ultimo), esaltando viceversa e in pratica i parametri interni del proprio giudizio.

Apprendo qui una breve parentesi, tornerò poi più dettagliatamente sul punto (par. 6), mi preme osservare fin da subito anche che i giudici comuni sono forse più inclini a tener conto del parametro (sia pur interposto³) offerto

³ *Infra*, par. 2, nota 16.

dalla CEDU, o comunque appaiono meno timorosi⁴ delle ‘contaminazioni’ che possano venire, rispetto ad elaborazioni anche consolidate delle norme di diritto interno, dalla Corte di Strasburgo; una Corte, quest’ultima, che rimane per certi versi un ‘soggetto misterioso’, per la stessa dottrina, quantomeno pubblicistica, essendo mancata un’adeguata riflessione dottrinale sul ruolo complessivo che essa è chiamata a svolgere, rispetto agli ordinamenti nazionali dei Paesi membri del sistema convenzionale e anche all’Europa dell’Unione. Non voglio dire che ci si limita sin troppo frequentemente a sottolineare che è una Corte, quella della CEDU, la quale affronta e risolve casi, perché sarei sicuramente ingenerosa verso studi più approfonditi che pure esistono, nelle file della nostra disciplina⁵; ma senz’altro una maggiore focalizzazione su quella che fu la genesi della Corte dei diritti umani in Europa, e su quanto poi essa sia riuscita (o non sia riuscita) concretamente a incidere⁶, sarebbe utile per decifrare appieno l’‘anima’ costituzionale di codesta Corte⁷, e calibrarne di conseguenza le risorse che può innervare negli ordinamenti nazionali, o le insidie che essa può portare agli stessi e al più consolidato sistema di relazioni tra giudici nazionali [come mi pare si stia invece riuscendo a fare con l’altra Corte (quella del Lussemburgo) da sempre più studiata come centro-motore dell’integrazione fin qui a 28 Paesi, e progressivamente messa a tema nel sistema integrato delle giurisdizioni europee]. Il punto è in sé indubbiamente

⁴ Cfr. G. MAMMONE, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2017*, in www.cortedicassazione.it, 26 gennaio 2018, 6; A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali e immigrazione*, in www.federalismi.it, fasc. n. 21/2017, 12; F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull’attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento*, in www.edotto.com, 12 febbraio 2019, 27.

⁵ Ad esempio A. GUAZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della Cedu: rapida ma anche inarrestabile?*, e A. PIN, *Il costituzionalismo della Corte Edu e le sue implicazioni per gli Stati: il problema del precedente*, entrambi in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell’uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016, risp. 15 e 183; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, che mette in evidenza nella parte seconda del volume il ruolo della Corte europea, ed il metodo da essa utilizzato. Ma la dottrina sembra in generale impegnata a valutare più *cosa fa* la Corte europea, piuttosto che non anzitutto *che cosa essa è*. Forse bisognerebbe coltivare maggiormente il rapporto con gli internazionalisti (per tutti, A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2007, che dedica un intero capitolo alla nascita della Corte europea), o tornare a più impegnative riflessioni d’insieme (L. FAVOREAU, *Corti costituzionali e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 3).

⁶ Ricorda come non possano sfuggire le «incidenze costituzionali» di fenomeni che mostrano una progressiva «attenuazione del rapporto costitutivo tra Costituzione e diritti» A. APOSTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali al di là della Costituzione nazionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 5.

⁷ Cfr. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, nel saggio introduttivo dell’omonimo volume curato dallo stesso Autore, Napoli, 2005, 30.

di spessore, qui anch'io riesco soltanto a sfiorarlo, e imporrebbe tra l'altro di tener conto delle caratteristiche singolari della Corte di Strasburgo, che appare un po' come un Giano bifronte rispetto ai Paesi dell'Ovest e dell'Est nei quali si pongono anche problemi enormemente diversi che non ne agevolano sicuramente l'operato; bisognerebbe decifrare appieno, inoltre, quella che appare una strisciante, ineliminabile forse, componente di antagonismo da parte dei 'giudici unici' Corti costituzionali, avvezze a una certa primazia sul terreno della definizione del perimetro dei diritti fondamentali [a differenza dei giudici comuni, che pure indubbiamente operano sul medesimo terreno, ma sono inseriti da sempre in un circuito che elimina alla radice velleità di disporre dell'"ultima (o come si è affermato di recente, della prima) parola"]. E tale componente si riverbera – presumo - sulla stessa capacità di percezione equilibrata, di "proposta" delle relazioni complessive che una Corte costituzionale possa sviluppare con la Corte EDU, da parte degli studiosi.

Ancora, il quadro con il quale dobbiamo confrontarci è frastagliato per via di un elemento non certo di patologia, ma di fisiologia del sistema: come è noto, infatti, la Corte non entra quasi per definizione nel 'seguito' delle singole condanne a Strasburgo, che vedranno il ricorrente vittorioso confrontarsi con altri giudici, quali quelli dell'esecuzione o eventualmente della revisione (rispetto al cui necessario intervento, una volta aditi, la "coda" di un giudizio di costituzionalità è invece meramente eventuale), o addirittura con i giudici di prima istanza, allorché non si fossero mai tentati di esperire, o non si fossero coltivati fino in fondo, rimedi interni, secondo il rituale canonico che vorrebbe l'intervento della Corte di Strasburgo all'esito della conclusione di un giudizio nazionale; è questo un altro scottante punto, in base al quale non infrequentemente ormai la Corte europea giunge a pronunciarsi ai sensi dell'art. 13 CEDU, per carenza di un ricorso effettivo nell'ordinamento nazionale contro la violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione, e dunque ben dichiara ricevibili, esaminandoli conseguentemente nel merito, ricorsi rivolti in prima battuta alla stessa Corte⁸. Si tratta di un filone non

⁸ Così che dall'ultimo *report* stilato dalla Corte di Strasburgo (*The Court's Annual Report 2018*, disponibile in www.echr.coe.int) risultano ufficialmente 94 condanne per l'Italia, ai sensi dell'art. 13 CEDU, nel periodo complessivo di lavoro, prima e dopo la riforma del Protocollo 11, 1959-2018. Si noti altresì che il profilo della mancanza di rimedi interni effettivi emerge anche all'interno di ulteriori pronunce di condanna del nostro Paese, per violazione di parametri differenti della Convenzione: gli esempi, che qualche anno addietro potevano essere forse più sporadici, si stanno infittendo; si possono ricordare, l'annosa vicenda dell'insindacabilità parlamentare dei primissimi anni Duemila (un filone culminato in *Onorato c. Italia* del 2011); il tema spinoso e per certi versi ancora aperto dell'autodichia (*Savino e altri c. Italia* del 2009); l'ulteriore *querelle* sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili (*Costa e Pavan c. Italia* del 2012); quella ancor più nota sul sovraffollamento carcerario, che ha portato all'utilizzo del meccanismo della sentenza pilota (*Torreggiani e altri c. Italia* del 2013); e ancora, la doglianza

irrilevante della giurisprudenza sovranazionale, a mio avviso ancora non del tutto scandagliato ma che ha visto comporsi a Strasburgo vicende significative per il nostro Paese, che merita dunque approfondimento per il “protagonismo inevitabile”, direi, espresso dalla Corte sovranazionale, rispetto al quale la nostra Corte appare irrimediabilmente, almeno nel breve termine, “fuori gioco” (trovo pertanto saggia e appropriata la scelta di intervenire su questo delicato aspetto, da parte di C. Siccardi). Dovrebbe infatti intervenire il legislatore a risanare il tessuto normativo ritenuto strutturalmente non idoneo a dare risposte, in sede processuale, alle doglianze presentate dal ricorrente; ma può accadere che quest’ultimo, vittorioso a Strasburgo, si presenti di fronte al giudice comune, e che a sua volta esso chiuda la singola vicenda privilegiando una linea di “applicazione diretta” degli enunciati della Corte sovranazionale⁹, sia pure tenendo conto della Costituzione; da questo punto di vista potremmo dire che il sistema delle tutele si apre e “l’accentramento” del giudizio costituzionale ne esce inevitabilmente relativizzato.

Infine la Corte costituzionale difficilmente avrà voce in capitolo, se non magari per il tramite di additive di principio¹⁰, nell’ipotesi in cui il *vulnus* al diritto garantito dalla Convenzione non sia generato dalla legge, ma non tanto perché la doglianza del ricorrente si appunta su una cattiva scelta amministrativa o su un presunto errore della giurisdizione, quanto perché, più radicalmente, la scelta ordinamentale è mancata: è questo il tema, altrettanto spinoso, e che talvolta si intreccia nelle indicazioni della Corte europea con quello menzionato al capoverso precedente, dell’omissione legislativa, il quale ben sappiamo ha condotto, in casi anche clamorosi, ad una notevole valorizzazione del ruolo del giudice comune (per tutte, la vicenda di E. Englaro con il notissimo intervento della Corte di cassazione, sez. I, n. 21748/2007, e successivamente dei giudici amministrativi (Tar Lombardia nel 2009 e nel

relativa al riconoscimento delle coppie dello stesso sesso (*Oliari e altri c. Italia* del 2015); infine, recentemente, la vicenda connessa alla *ex Ilva* di Taranto, che ha dato luogo nel gennaio 2019 a *Cordella e altri c. Italia* (qui la condanna è anche *ex art. 13 CEDU*).

⁹ Esemplare a tal proposito la conclusione della vicenda di *Costa e Pavan*, che dopo aver visto i ricorrenti vittoriosi a Strasburgo (nota precedente), si è caratterizzata per la richiesta di un intervento, da parte di questi ultimi, al Tribunale di Roma il quale, dopo aver operato con successo un vaglio di conformità all’ordinamento costituzionale italiano del principio applicabile secondo la Corte europea, conclude che alla sentenza di Strasburgo debba essere data immediata esecuzione; cfr. Trib. Roma, 23 settembre 2013, in *Foyo it.*, 2013, I, 3112, annotata da A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in www.diritticomparati.it, 8 ottobre 2013.

¹⁰ C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio», quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 253.

2016, Consiglio di Stato nel 2014))¹¹, capace di ricavare dalle norme di principio garanzie dei diritti che prescindono dalla positivizzazione degli stessi in una norma di legge¹² e che diviene estremamente interessante “misurare” al cospetto della Corte di Strasburgo¹³; un altro profilo assai indicato per l’approfondimento da parte dei più giovani studiosi, quindi, anche a partire da vicende assai note e commentate che hanno visto, per l’appunto, prima l’intervento della Corte europea e solo in seguito, grazie anche all’influenza chiara (se pur per niente enfaticizzata) di quest’ultima, una presa di posizione da parte della Corte costituzionale, che non può scongiurare tuttavia problematiche nella successiva applicazione giurisprudenziale¹⁴.

2. L’approccio “originario” alla Convenzione europea da parte della Corte costituzionale

Gli elementi di ridimensionamento di un giudizio di costituzionalità saldamente accentrato, rispetto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, possono dunque essere vari e riposano su piani molteplici. Partendo però da un tentativo di focalizzazione di quali siano i significati peculiari del parametro convenzionale per la Corte costituzionale, a far luogo dalle sentenze gemelle, e tenendo conto di tutto un filone di pronunce ormai stratificato negli anni, si è già accennato del delicato crinale su cui si gioca la sottoposizione di una questione alla Corte, tutte le volte in cui il giudice ritenga di non poter autonomamente risolvere i problemi di lettura del diritto interno alla luce della Convenzione e della Costituzione, armoniosamente intese (su questo versante, per così

¹¹ La bibliografia è amplissima, mi limito a ricordare S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, vol. II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012; A. D’ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita: principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012.

¹² Di recente per tutti, sul tema, cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 169.

¹³ Un importante contributo alla riflessione, nella prospettiva dei ritardi e delle omissioni del legislatore e del ruolo strategico dei giudici, fra l’altro con ampio esame comparatistico, viene dal volume recentemente edito di L. CASSETTI, A.S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l’esperienza latino-americana*, Torino, 2019.

¹⁴ La vicenda dell’accesso alle origini dell’adottato verrà brevemente ripresa sia al par. 4 che al par. 6; altre, come quella ad esempio sull’attribuzione del cognome materno, che hanno portato a significative sequenze nelle pronunce della Corte europea e poi della Corte costituzionale, ho cercato di evidenziarle già in E. MALFATTI, *Decisioni di accoglimento nel “seguito” giurisprudenziale, in ordine ad alcune questioni (rimaste) controverse*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 533 (v. tuttavia, per un cenno, anche il par. 4).

dire soggettivo-interno, mi soffermerò oltre, al par. 6). Qui interessa mettere in evidenza l'aspetto soggettivo-esterno ed anche quello oggettivo, ovvero cercare di comprendere il grado di affidamento che ripone la Corte medesima nel parametro convenzionale, una volta ovviamente che la questione le arrivi; intendendo con l'espressione "affidamento" la gravidanza riconosciuta alle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, nell'attività da essa incessantemente svolta di ascrizione di significati alla CEDU, e dunque – a rovescio – la capacità effettiva di questa Corte sovranazionale, con la propria giurisprudenza, di "intersecare" (arricchendolo) il parametro adoperato dal nostro Giudice costituzionale; perché, se si ritiene che questa operazione sia riuscita, o stia riuscendo, il parametro in qualche modo risulta "diluito", permeato delle valenze riconosciute in una sede diversa da quella del controllo sulle leggi (e quest'ultimo si può allora dire anche che realmente si "apra" alle influenze esterne); se invece l'operazione fallisce, in tutto o in parte, la Corte rinsalda il perimetro entro il quale esercitare le proprie virtù ermeneutiche, contribuendo in modo decisivo (appunto) all'accentramento inteso anche come elaborazione esclusiva (o quasi) delle fonti del proprio giudizio.

Provo a dipanare queste riflessioni aiutandomi con un'espressione un po' forte, alludendo cioè alle sentenze gemelle – in ordine alle quali sono stati stesi veri e propri fiumi d'inchiostro, per il merito e per il metodo evidenziati dalla Corte – nei termini di un uso "apparente" (o almeno, non così pregnante) della CEDU. In realtà, non intendo certo negare il peso di quella giurisprudenza, della quale circa un anno e mezzo addietro (19 gennaio 2018) si è celebrato il decennale, in un interessante convegno svoltosi presso l'Università di Firenze¹⁵; ma, piuttosto, valorizzare un dettaglio che mi è utile per immaginare che sarebbe stato con ogni probabilità sufficiente, da parte della Corte, l'esclusivo riferimento al parametro costituzionale per giungere alle dichiarazioni di illegittimità in materia di indennizzi per espropri di immobili all'esito di procedure irregolari o di aree fabbricabili. Nonostante infatti che uno dei frutti più celebri del complesso ragionamento imbastito nelle suddette sentenze sia rappresentato dall'elevazione della Convenzione a parametro dello stesso giudizio di costituzionalità (sia pure, come ben noto, della *species* di norma interposta *sui generis*¹⁶, per cui, nel caso, sarebbe

¹⁵ Il convegno, intitolato *I trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale*, ha proposto una riflessione congiunta di studiosi costituzionalisti e internazionalisti sui problemi più attuali del rapporto tra fonti pattizie e diritto interno, trascorso appunto un decennio dalle celebri "sentenze gemelle" della Corte costituzionale, e alla presenza dei due relatori-redattori delle sentenze medesime, i Proff.ri G. Silvestri e G. Tesaro.

¹⁶ Evito qui volutamente di appesantire la trattazione con le precisazioni che potrebbero farsi a tale riguardo, sembrandomi ormai in dottrina metabolizzata, per così dire, l'idea della norma interposta *sui generis*, lanciata dalla sent. n. 348/2007, punti 4.5 e 4.7 del *Considerato in diritto*; pur senza dimenticare le lucide notazioni di A. CERRI (*Sindacato di costituzionalità*:

stato violato l'art. 117, comma 1, Cost. in virtù della lesione di diritti garantiti dall'art. 1, Prot. addizionale 1 alla CEDU, creando quest'ultima obblighi di adeguamento dell'ordinamento interno), proprio la circostanza che la Corte abbia sottolineato come ci fosse stata, da parte del legislatore, violazione della Costituzione e della Convenzione, essendo viceversa le due Corti "in linea" nella rispettiva, pregressa giurisprudenza (il "ragionevole legame" tra valore venale del bene e indennità di esproprio, predicato a Strasburgo, sarebbe assimilabile secondo la Corte al "serio ristoro" già richiesto da essa stessa in passato al legislatore¹⁷), dunque il fatto che il legislatore avesse mancato il rispetto di entrambi gli ordini di parametri, per come vivificati nella prassi, mi fa supporre che sarebbe bastato evidenziare la violazione costituzionale, per giungere ad un risultato analogo, nel merito della decisione¹⁸.

Ciò almeno dal punto di vista logico, considerato l'insieme dei parametri che sostenevano le ordinanze di rinvio come integrati dalle memorie delle parti costituite in giudizio, che avrebbero consentito di far leva direttamente sull'art. 42 Cost., posto in stretta relazione con l'art. 2 Cost. (rispetto al quale la Corte è ben attenta a sottolineare il non emergere di profili di incompatibilità con il suddetto art. 1 del Prot. addizionale 1). Anche se è sicuramente opportuno, e realistico, tener conto del peso della "spinta" ricevuta dalla Corte "dall'esterno" (da Strasburgo), per effetto delle tante pronunce di condanna ricevute dall'Italia nell'ambito della proprietà immobiliare urbana, oltre che dell'esigenza di comporre, sul piano formale, le relazioni tra ordinamento italiano e convenzioni internazionali, senza scomodare fra l'altro i principi sottesi agli artt. 10 e 11 Cost., per poter valutare appieno l'apertura "storica" della nostra Corte al parametro sovranazionale¹⁹. E' stato autorevolmente

I) Ordinamento italiano, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXVIII, 10), oppure quelle di C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3518.

¹⁷ In realtà le giurisprudenze dell'una e dell'altra Corte presentano un andamento non lineare, con elementi di contraddizione e incertezza che le rendono anche difficilmente riconducibili ai modelli puri del mercato quale predominante schema regolatore della proprietà, o viceversa della socializzazione della proprietà medesima; cfr. F. MANGANARO, *La tutela multi-livello della proprietà privata*, in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, 44, che evidenzia come entrambe le Corti si siano limitate a sostenere (questo sì) che è illegittimo un eccessivo divario tra l'indennità e il valore venale del bene.

¹⁸ A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti ed uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in www.federalismi.it, fasc. n. 22/2007, ha osservato come la Corte svolga un ragionamento che garantisce l'introduzione di una novità, nella materia dell'indennità di espropriazione, senza però disconoscere in modo radicale la propria precedente giurisprudenza, consolidatasi nel senso della congruità e non irrisorietà del criterio previsto dall'art. 5 *bis* del d.l. 11 luglio 1992, n. 333.

¹⁹ Che la genesi delle sentenze gemelle fosse legata alla violazione strutturale della CEDU addebitata dalla Corte di Strasburgo al legislatore italiano, essendo altresì pendenti decine

osservato che, dovendo le norme costituzionali fungere da “parametro del parametro (interposto della CEDU)”, esse appaiano nella ricostruzione della Corte come impermeabili alle modificazioni di significato che l’influenza della CEDU può arrecare, in un tentativo (valutato come) piuttosto retorico di frapporre all’invadenza del “diritto vivente” sovranazionale le difese dei bastioni della nostra Costituzione che la stessa Corte di incarica di presidiare²⁰. Che, ad ogni modo, la possibilità di uno sviluppo quantitativo delle situazioni giuridiche soggettive protette e di un rafforzamento qualitativo dei rispettivi livelli di tutela dipendesse dai chiarimenti che la Corte costituzionale sarebbe stata successivamente in grado di dare, rispetto ai dubbi interpretativi sollevati dalle sentenze gemelle e alle indicazioni metodologiche in esse contenute, è stato altresì tempestivamente rilevato in dottrina²¹.

L’esame del primo periodo successivo alle sentenze gemelle (invero, condotto con profitto da vari studiosi²²) e che si dipana tra precisazioni, ricalibrature, assestamenti dello schema di giudizio abbracciato dalle pronunce del 2007 (mai smentite frontalmente sotto questo profilo, ma anzi pressoché costantemente richiamate), mi restituisce complessivamente l’impressione che l’uso “apparente” del parametro convenzionale, nei termini dinnanzi precisati, si sia spesso riconfermato nella giurisprudenza costituzionale²³; tutt’al contrario, partendo dal presupposto che la Corte costituzionale avesse invece elaborato una sorta di vincolo interpretativo all’elaborazione propria di Strasburgo, molti studi della dottrina italiana degli anni successivi al 2007

di cause seriali che sarebbero state decise in conformità alla nota sentenza *Scordino c. Italia* del 2006, lo ha ricordato il Prof. Silvestri nel convegno fiorentino indicato alla nota 15. Che, inoltre, sotto alcuni profili le novità sottese alle sentenze gemelle fossero più apparenti che reali, venne sottolineato tempestivamente da T. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “controlimiti allargati”: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it, 21 dicembre 2007, pur valorizzando le conseguenze più evidenti (e dirompenti) di queste decisioni.

²⁰ A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla CEDU e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in M. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 198; il dubbio dell’Autore, tutt’al contrario, è che si stesse assistendo invece a una sorta di interpretazione conforme a CEDU dello stesso complesso di parametri costituzionali pertinenti in materia espropriativa.

²¹ S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in www.forumcostituzionale.it, 21 dicembre 2008.

²² Cfr. ad esempio R.G. CONTI, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, 165, cui si può fare agevolmente riferimento per una disamina puntuale del primo quinquennio successivo alle sentenze gemelle.

²³ Un caso che rinsalda l’impressione di chi scrive è ad esempio quello della sent. n. 93/2010, su cui v. i pronti rilievi di A. GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it, 16 aprile 2010.

sono stati dedicati alle tecniche di emancipazione da tale supposto vincolo, da parte della giurisprudenza costituzionale²⁴. Se, in effetti, si fosse ricavata dalle sentenze gemelle l'idea che la Corte costituzionale avesse voluto attribuire alla Corte europea il ruolo di un interprete non semplicemente eminente, ma realmente esclusivo della Convenzione, sarebbe stato logico temere, conseguentemente, un forte ridimensionamento del ruolo dei giudici nazionali, Corte compresa, al solo ambito applicativo (giudici configurati talvolta nel dibattito, addirittura, alla stregua di "ripetitori" dell'interpretazione che è la Corte europea a dover fornire); e la stessa Corte ha ad onore del vero pure aggiunto qualcosa in questa direzione, precisando (sent. n. 311/2009) di non poter sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella resa dalla Corte di Strasburgo, altrimenti violandosi un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e ratifica, senza l'apposizione di alcuna riserva, della Convenzione.

E' indubitabile, peraltro, che la Corte costituzionale abbia trovato negli anni parecchie occasioni per qualificare la giurisprudenza europea come non del tutto calzante rispetto alla questione pendente nella sua specifica connotazione, e comunque diverse "vie di fuga" per sottrarsi ad indicazioni altrimenti potenzialmente scomode, o comunque "ingombranti", riaffermando la propria centralità nel giudizio sulle leggi: dapprima, con l'elaborazione del criterio composito (e proprio per questo suscettibile di letture plurime), della massima espansione delle garanzie (anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti), della compenetrazione delle tutele offerte dalle norme costituzionali (compreso l'art. 117, comma 1, in relazione all'art. 6 CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo) e – soprattutto direi di sottolineare, almeno per questa fase della giurisprudenza – della possibilità di valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano (sent. n. 317/2009); un criterio che può voler dire molte cose, e che è stato forse troppo frettolosamente, se pur suggestivamente, inquadrato da alcuni nell'ottica c.d. della tutela "più intensa"²⁵ per i diritti fondamentali, ovvero della valorizzazione della Convenzione

²⁴ Come ben sintetizzato nell'Editoriale di F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in www.federalismi.it, fasc. n. 7/2016, 6.

²⁵ Secondo A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in www.forumcostituzionale.it, 22 dicembre 2009, nell'ipotesi in cui si dimostri che la CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, in un caso specifico e a proposito di un dato bilanciamento tra diritti entrambi fondamentali, assicuri una protezione ai diritti in questione più intensa rispetto a quella offerta dalla Carta costituzionale, è possibile, ed in un certo senso doveroso, per la Corte costituzionale fare proprio il livello di tutela (appunto, "più intensa") offerto a livello sovranazionale, mirando alla massima espansione delle garanzie ed "accantonando", nella fattispecie, la disposizione costituzionale rilevante.

laddove questa appaia idonea a colmare strutturali carenze dell'ordinamento interno e, perciò, ad appagare nel modo più esteso possibile le pretese vantate dai soggetti. Un criterio, se così letto (in realtà la Corte pare ragionare tutto attorno all'art. 111 Cost.), messo in crisi dall'obiezione stringente secondo cui i diritti tendono ad essere "a somma zero"²⁶ e indebolito anche da un rischio di contraddizione con le indicazioni del 2007, nel senso che il bilanciamento tra interessi in gioco non sarebbe più, necessariamente, bidirezionale (con eventuale assoggettamento, quindi, della Convenzione alla Costituzione, ovvero agli ulteriori interessi da quest'ultima tutelati, accanto a quelli relativi ai diritti), ma rischierebbe di divenire "a senso unico", ovvero di favorire sempre e comunque la lettura dei diritti fondamentali operata a Strasburgo, che troverebbe un ingresso "spalancato" sul terreno del diritto interno.

Ancora, la Corte costituzionale opererà con un abile stratagemma linguistico nel 2011, venendo a coniare l'espressione del "margine di apprezzamento e di adeguamento" (sent. n. 236/2011): essa stessa si ritiene legittimata a valutare come e in misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento interno, apprezzando la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, sì da rispettarne la sostanza (ciò che la Corte, in definitiva, non manca di fare), ma potendo tener conto delle peculiarità del contesto in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi; e così, se non può prescindere dall'interpretazione della Corte europea, la nostra Corte può nondimeno interpretarla a sua volta (sent. n. 303/2011), finendo per smarcarsi da una prospettiva (che sembrava, invero, troppo radicale) di aderenza totale al prodotto ermeneutico proveniente da Strasburgo, ed evitando al contempo l'anomala configurazione di un principio di "soggezione" del giudice a un'interpretazione stringente proveniente da una Corte sovranazionale. Con una specie di gioco di parole, quel criterio ("margine di apprezzamento") che normalmente serve alla Corte di Strasburgo per evitare la condanna di uno Stato (concedendogli, appunto, un margine di errore), diventa elemento decisivo per riconquistare terreno da parte della Corte costituzionale e riprendere conseguentemente autonomia di giudizio da esercitare in concreto.

Di più, la Corte costituzionale ribadirà più volte la necessità di una verifica, ad essa spettante, della compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione, tornando quindi idealmente e coerentemente all'idea di bilanciamento tra interessi propugnata nelle decisioni del 2007; bilanciamento che tra l'altro, per la prima volta, con la sent. n. 264/2012, vedrà prevalere "interessi antagonisti, di pari rango costituzionale" rispetto a

²⁶ R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivista.AIC.it, fasc. n. 1/2015, 12, nel senso che l'aumento di tutela assicurato ad un diritto comporta una diminuzione per un altro (lo stesso concetto di "bilanciamento" esprimerebbe questo aspetto della gestione quotidiana dei diritti in cui si adoperano i giudici di tutto il mondo).

quelli già apprezzati dalla Corte europea nel discusso caso *Maggio e altri c. Italia*, del 2011, sul terreno delle leggi retroattive di interpretazione autentica (*infra*, par. 5.1). Ancora, dello svolgimento di un (proprio) infungibile ruolo, volto ad effettuare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti fondamentali – in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie esistenti di tutti i diritti e di tutti i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca – ragionano un po' enfaticamente ad esempio la sent. n. 202/2013 e altre pronunce del medesimo frangente (sent. n. 191/2014); della necessità di riconoscere che il sistema di garanzia della Convenzione mira a rafforzare la protezione offerta a livello nazionale, senza mai imporle limitazioni – essendo dunque da escludere che disposizioni maggiormente garantiste di diritto interno possano venir ritenute costituzionalmente illegittime, in nome dell'esigenza di rispetto di norme della CEDU, o della loro interpretazione da parte della Corte di Strasburgo – è espressiva l'ord. n. 223/2014. Ma il culmine del percorso di affrancamento da quanto affermato nel 2007 dai Giudici della Consulta (o da quanto si è preteso di ricavare dalle sentenze gemelle) è probabilmente rappresentato dalla sent. n. 49/2015, investita non a caso, anch'essa, da una mole imponente di riflessioni in sede scientifica.

Come si sa, e in estrema sintesi, la Corte in questa occasione ha manifestato una posizione decisamente elaborata, cercando di fornire dei criteri mediante i quali ricavare la portata della giurisprudenza europea, un'operazione che per i giudici diventa preliminare rispetto allo stesso tentativo di interpretazione conforme a Convenzione, nonché prodromica all'eventuale rilevazione di un dubbio di costituzionalità; a tal fine, attinge a categorie proprie dell'esperienza europea, quella di "diritto consolidato" (dell'assenza del quale vengono enucleati indici sintomatici) e l'altra di "sentenze-pilota", applicandone però logiche (tipiche da giudice di *civil law*) e traendone conclusioni (nel senso di un vincolo di recepimento della *norma* individuata a Strasburgo, se essa riflette un orientamento consolidato²⁷, superabile soltanto per il tramite dell'incidente di costituzionalità, che avrebbe però a questo punto come riferimento la legge n. 848/1955, di ratifica ed esecuzione della Convenzione) le quali hanno immediatamente destato perplessità in dottrina²⁸: l'opera che si richiederebbe all'interprete della giurisprudenza della

²⁷ Altrimenti, in mancanza di diritto consolidato - scrive la Corte al termine del punto 7 del *Considerato in diritto* - il solo dubbio del giudice è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale.

²⁸ Cfr. le tempestive osservazioni di V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 2/2015.

Corte europea appare infatti molto (più) complessa, fra l'altro tale da non condurre a risultati incontrovertibili, se ben si conoscono i meccanismi di funzionamento del sistema Strasburgo, ed ha prodotto in effetti difficoltà non indifferenti nelle applicazioni giurisprudenziali (*infra*, parr. 5.1 e 6, in riferimento alla vicenda de Tommaso) oltre che “puntualizzazioni” da parte della stessa Corte europea²⁹. Inoltre è l'idea del predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU³⁰, parafrasando la Corte la quale richiama le sentenze gemelle senza che, in realtà, l'espressione in queste già comparisse, a non convincere appieno, rischiando di svilire quella stessa connotazione positiva della CEDU, che pure non manca nella sent. n. 49/2015, nei termini di strumento preposto a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie e a valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani e salvaguardarne l'effettività³¹; si torna, insomma, al dilemma di fondo, di dar voce o meno agli obiettivi “alti” della CEDU e del contesto nel quale essa è stata scritta (un'unione sempre più stretta attorno a valori comuni) - obiettivi che pure hanno convissuto almeno inizialmente con altri (la stabilizzazione dei regimi, piuttosto che l'integrazione³²) - che richiederebbero una visione certo non piramidale dei rapporti che possono predicarsi con le Costituzioni nazionali ma più flessibile, improntata a un differente paradigma, che quantomeno prenda in considerazione la prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento dei rapporti medesimi³³.

Si assisterà, per vero, più di recente, ad un ridimensionamento, a mio avviso assai opportuno, di queste punte di vanità, mi verrebbe da chiamarle, della nostra Corte, e ad esso mi dedicherò più avanti, nello sviluppo del lavoro; del resto, che la stessa nostra Corte avesse bisogno di un qualche meccanismo,

²⁹ È V. SCJARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, 201, a rilevare come la Corte EDU abbia “risposto” alla Corte italiana il 25 giugno 2018, con la sentenza della Grande Camera *G.I.E.M. e altri c. Italia*, laddove si sottolinea che le sentenze della Corte europea hanno tutte lo stesso valore giuridico, non potendo dipendere il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa dal collegio giudicante che le ha pronunciate.

³⁰ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015.

³¹ A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 172.

³² Utilissimo, in tal senso, lo studio di O. POLLICINO, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 31 gennaio 2012.

³³ Che la ricostruzione prediletta dalla nostra Corte, nella sent. n. 49/2015, sia espressiva di un “patriottismo” costituzionale ingenuo e infecondo, è affermato da A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in www.penacontemporaneo.it, fasc. n. 2/2015.

magari enunciato meglio³⁴, che consentisse di enucleare dalla giurisprudenza di Strasburgo quelle pronunce soltanto che ne riflettano uno stato consolidato, sì da compiere su quella base l'eventuale controllo di costituzionalità della norma CEDU, è stato pure messo opportunamente in luce³⁵. Ciò che però preme adesso sottolineare, nell'ottica di questo scritto, è che – sia accedendo alla ricostruzione che ho cercato di proporre (uso “apparente” del parametro convenzionale), sia preferendo l'impostazione che mi parrebbe accolta dai più (uso “effettivo”, potremmo dire, ma temperato dalle varie formule e dai criteri messi in campo a seguire le sentenze gemelle) – la Corte tra il 2007 e il 2015 rinsalda l'idea dell'accentramento (per meglio dire, della centralità) del proprio operato a scapito dell'influenza soggettiva-esterna e anche sul piano oggettivo (delle fonti) del giudizio che ha da compiere.

3. Un caso di utilizzo più pregnante degli insegnamenti di Strasburgo, e le aspettative da esso ingenerate

Prima di passare all'esame del periodo a noi prossimo, vengo a porre l'attenzione sui significati della sent. n. 113/2011 e sulle aspettative ulteriori che essa ha ingenerato; la Corte costituzionale infatti, per il tramite di questa specifica pronuncia, è sembrata giungere a un uso più pregnante della Convenzione, per un verso rispondendo idealmente e in positivo, alla Corte di Strasburgo, su un ulteriore grande fronte critico dei rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU (la riapertura del giudizio penale dopo una sentenza di condanna *ex art. 6* della Convenzione, nel contesto dell'amplissima casistica, lo si è appena ricordato, generata dalla violazione delle norme sull'equo processo) dopo quello parimenti annoso dell'entità delle indennità di esproprio sul quale si erano soffermate le sentenze gemelle; e per un altro verso, più in particolare – poiché il parametro dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto era accaduto con le sentenze gemelle, stavolta viene vivificato da una norma chiave per il funzionamento del sistema convenzionale, l'art. 46 CEDU, il quale, come noto, prevede l'obbligo di conformazione alle sentenze di condanna provenienti da Strasburgo³⁶ – trovandosi la Corte a misurare con il problema speci-

³⁴ Cfr. tuttavia G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost.*, 2015, 411, nel senso che la sent. n. 49/2015 non fosse destinata a stravolgere una sistemazione faticosamente acquisita, quanto piuttosto a spiegare efficacia nelle ipotesi (invero residuali) di dissensi interpretativi non componibili perché rivelatori di disaccordi sistemici o strutturali tra Costituzione e CEDU.

³⁵ M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in www.questionegiustizia.it, 10 luglio 2018, secondo cui il minimo che si deve richiedere prima di provvedere la Corte nel senso della declaratoria di illegittimità costituzionale è la ragionevole certezza che l'orientamento della Corte EDU non muterà.

³⁶ Che la disposizione dell'art. 46 CEDU fondi a sua volta l'autorità di *res iudicata* delle sentenze rese dalla Corte EDU relativamente allo/agli Stato/Stati in causa ed alla controversia

fico del ‘seguito’ da dare alle pronunce che censurassero quanto avvenuto in quella sede specifica che è il giudizio comune (civile, penale, amministrativo)³⁷, e pertanto col ruolo da riconoscere al giudice nazionale, rimesso potenzialmente “in campo” dalle necessità correlate all’ordine di *restitutio in integrum*.

Con la sent. n. 113/2011, che chiude la lunga *querelle* cui ha dato vita la vicenda di Paolo Dorigo³⁸, da più parti e autorevolmente è stato messo in luce come, al di là della singolare tecnica decisoria, difficilmente sussumibile in una di quelle fin lì coniate dalla dottrina, nella sostanza si sia trattato di una pronuncia capace di scardinare il dogma del giudicato penale, per la prima volta ritenuto “cedevole” innanzi la pronuncia europea divenuta definitiva, e di aprire prospettive in precedenza impensabili; prospettive, tra l’altro, probabilmente più avanzate di quelle sin qui maturate nell’orizzonte “eurounitario”, se è vero che la necessità di contenere le spinte – pure affiorate³⁹ – volte a estendere l’area della “cedevolezza” del giudicato rispetto alle pronunce della Corte di giustizia è stata predicata a più riprese dagli studiosi specialmente processualcivili, onde preservare la certezza del diritto, e rendendosi altrimenti difficilmente giustificabile il diverso trattamento riservato alle sentenze della Corte costituzionale (di per se sole inidonee a scardinare il giudicato, eccetto che nella peculiare area delle intervenute condanne penali, attesa la prescrizione dell’art. 30, comma 4, legge n. 87/1953) rispetto al diritto di derivazione europea. Come ho già avuto modo di sottolineare, non solo la nostra Corte è pervenuta ad introdurre nell’ordinamento italiano un’ipotesi di revisione *sui generis*, non espressamente prevista dall’art. 630 c.p.p. e tuttavia comportante l’obbligo di riapertura del processo; ma, altresì, ha arricchito la motivazione con una indicazione di carattere generale che mi è parsa estremamente significativa – relati-

decisa dalla stessa Corte europea, è affermato a chiare lettere dalla Corte costituzionale nella più recente sent. n. 120/2018, punto 13.4 del *Considerato in diritto*, pronuncia che prenderò in considerazione al par. 4.1. sul tema del valore da riconoscere alla Carta sociale europea.

³⁷ Sul tema, tra gli altri, G. REPETTO, *L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al doppio binario*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 1075; ID., *Ruolo ed effetti delle decisioni della Corte EDU negli ordinamenti europei: problemi e prospettive*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell’uomo. Quarto grado di giudizio*, cit., 205; e più recentemente R. LUGARÀ, *Esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo e limite del giudicato*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia*, cit., 95.

³⁸ Mi permetto di rinviare a E. MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile “revisione” del giudicato interno*, in M. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1239.

³⁹ Si pensi al famoso caso della sentenza Lucchini, ove però rilevavano competenze esclusive della UE, sulla quale, fra i molti commenti, C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 2835. Fondamentale in quest’ambito, credo rimanga lo studio di R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, pubblicato in *Astrid*, 11 gennaio 2010, n. 106.

va al venir meno degli effetti preclusivi del giudicato, se fossero compromesse garanzie attinenti ai diritti fondamentali – e che mi ha spinto ad affermare come quella tracciata dalla Corte potesse leggersi nel senso di una soluzione che travalica gli orizzonti della revisione del giudizio, abbracciando quantomeno la cattiva applicazione delle regole processuali nel loro complesso⁴⁰.

L'ulteriore sottolineatura della Corte secondo la quale, posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente ai diritti fondamentali –, la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio, pareva addirittura un viatico per ulteriori interventi sull'architettura di giudizi diversi da quello penale⁴¹; ma, come certamente è ben noto, tali “attese” sono andate, almeno in parte, deluse sul fronte del processo amministrativo, giacché la successiva sent. n. 123/2017, intervenendo sulla complessa vicenda dei c.d. medici a gettone dell'Università Federico II di Napoli, che pure aveva innescato un percorso di condanne a Strasburgo *ex art. 6 CEDU* e dunque evidenziato un analogo “cortocircuito”, ha stabilito a chiare lettere come la conclusione cui essa stessa era giunta con la sent. n. 113/2011 non potesse considerarsi valida al cospetto di contenziosi amministrativi. L'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU, in estrema sintesi, avrebbe un contenuto variabile, e la riapertura del processo solo in circostanze da valutarsi da parte dei singoli Stati si appaleserebbe quale misura più appropriata per pervenire alla *restitutio in integrum*. Non solo, la successiva ord. n. 19/2018 ha dichiarato inammissibile per carenza di motivazione, un'ulteriore questione sollevata dal medesimo Consiglio di Stato, in diversa composizione, che tornava ad evidenziare le criticità del diritto processuale interno rispetto all'art. 46 CEDU, e ancora la sent. n. 93/2018 ha esteso il proprio ragionamento al processo civile, pur restituendo il senso di un'attenzione della nostra Corte ad una giurisprudenza europea *in progress*, sul punto della riapertura del processo, e non tralasciando neppure – con espressione invero obliqua - l'auspicio finale di un intervento del legislatore⁴².

⁴⁰ Perché tali garanzie, prosegue la Corte nella sent. n. 113/2011, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 CEDU, trovano ampio riscontro nel testo dell'art. 111 Cost.; si rinvia a E. MALFATTI, *Ancora sul “seguito” alle condanne decise a Strasburgo: un problema (e una sfida) per la Corte costituzionale*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, 258-259.

⁴¹ Cfr. R.G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte Edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2017; A. RANDAZZO, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2017.

⁴² Appare molto interessante, e ad essa si rinvia, la formulazione pur stringata della sent. n. 93/2018, punti 4, 5, 6 del *Considerato in diritto*; cfr. C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, fasc. n. 18/2018.

Il problema del ‘seguito’ da dare alle pronunce della Corte europea, ovviamente, è importante anche al di là della tematica specifica della riapertura del processo, attesi fra l’altro i dati che si possono estrapolare dall’ultimo rapporto annuale sull’esecuzione delle sentenze della Corte EDU che, fin dal 2007, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa mette a disposizione di tutti; ebbene, anche qua i numeri che riguardano l’Italia non sono trascurabili⁴³, talvolta ben maggiori di quelli inanellati da Paesi, ad esempio il Regno Unito, che anche di recente si erano additati per vicende di difficoltosa o mancata conformazione alle decisioni di Strasburgo⁴⁴, e interrogano fortemente sugli strumenti, da mettere a punto nell’ordinamento interno, sì da dare riparazione effettiva alla violazione dei diritti fondamentali che sia stata accertata definitivamente a livello sovranazionale. Non basterà, credo, continuare a ripetere che la Convenzione lascia liberi gli Stati di scegliere le modalità con cui soddisfare l’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea, cosicché le stesse avrebbero una valenza meramente dichiarativa anche quando condannino lo Stato contraente a pagare un risarcimento al ricorrente (ipotesti, come noto, molto frequente, ma affiancata da un ventaglio di richieste ulteriori agli Stati soccombenti in giudizio, da quella di adozione di misure generali, o perfino dall’indicazione dei rimedi specifici, atte/i a rimuovere le cause della violazione riscontrata e a introdurre un rimedio interno efficace, all’adozione di sentenze-pilota⁴⁵); se la Convenzione va “presa sul serio”, il nodo è ineludibile e andrà prima o poi dipanato⁴⁶.

⁴³ Pur in un contesto più generale nel quale crolla il numero di casi ancora “pendenti” (dopo una pronuncia definitiva); segno che le modifiche predisposte dopo la Conferenza di Interlaken del 2010 al sistema di supervisione dell’esecuzione delle sentenze della Corte europea stanno funzionando: nell’ultimo periodo, come risulta dal *12th Annual Report of the Committee of Ministers* (reperibile in www.coe.int), sono stati chiusi ben 2.705 casi, con la conseguenza che il numero di affari ancora pendenti all’1.1.2019 (6.151) è il più basso dal 2006. Anche per quanto riguarda l’Italia per i casi pendenti si assiste a un evidente miglioramento, Roma arrivando a quota 245 nel 2018 (389 nel 2017).

⁴⁴ Su tali vicende cfr. A. OSTI, *L’implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 2017, 851.

⁴⁵ Si rinvia allo studio di L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la giustizia del caso singolo*, in R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, 2019, 83 e, volendo, a E. MALFATTI, *L’interpretazione conforme nel “seguito” alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, vol. II, 1288; nella dottrina processualistica v. anche V. RASCIO, *L’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. esec. forz.*, 2017, 417.

⁴⁶ Un importante contributo – pur maggiormente focalizzato sulle “risorse” potenziali del giudizio amministrativo – viene da M. LIPARI, *L’esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo nella giurisdizione amministrativa tra margine di apprezzamento nazionale ed effettività del diritto di difesa: restitutio in integrum, ottemperanza,*

4. Una tecnica di sostanziale neutralizzazione della CEDU: l'“assorbimento” del parametro interposto

Dunque la sent. n. 113/2011 sembrava destinata a rimanere una pronuncia isolata, assolutamente peculiare, incapace di segnare un nuovo corso nella giurisprudenza costituzionale nel senso di un'apertura importante alle influenze degli orientamenti della Corte di Strasburgo. Un altro aspetto della giurisprudenza medesima che suggeriva fino a qualche tempo addietro una valutazione in termini di sostanziale annacquamento della forza propulsiva della CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo - nonostante il rilievo peculiare tra le fonti del diritto che dovrebbero implementare il giudizio della nostra Corte, riconosciuto sin dal 2007 e mai apertamente sconfessato da quest'ultima - è forse meno evidente da cogliere, o comunque senz'altro non è immediato, perché riposa su un determinato utilizzo del parametro convenzionale, che personalmente avevo cercato di mettere in luce in un precedente studio⁴⁷; ovvero, si evidenzia attraverso la tecnica dell'“assorbimento” del suddetto parametro, che si è avuta sistematicamente per alcuni anni, allorché la Corte dovesse pervenire all'accoglimento di importanti questioni di costituzionalità le quali avrebbero potute essere alimentate anche attraverso la giurisprudenza europea, pure specificamente rivolta all'Italia, ma a fronte delle quali la Corte italiana ha preferito valorizzare soltanto il parametro costituzionale. Questa scelta mi era parsa tutto sommato sfuggente, diluita com'era nel contenitore più ampio delle pronunce costituzionali che facevano invece chiaro riferimento alla CEDU, non per accogliere la questione ma viceversa per rigettarla o addirittura dichiararla inammissibile; e anche un po' scivolosa, non potendosi certo dimostrare che il vero, o l'unico, obiettivo della Corte, fosse quello, appunto di “neutralizzare” la Convezione; di più, era un *modus operandi* controbilanciato da frequenti richiami all'art. 6 CEDU, nel “settore” del processo iniquo (*infra*, par. 5). Mi era sembrata tuttavia, e infine, una scelta importante da portare allo scoperto per ragionare degli assetti delle relazioni “da lontano” tra Roma e Strasburgo.

Lo spunto mi era stato suggerito dalla sent. n. 286/2016, secondo la quale, pur in un ambito (attribuibilità del cognome materno *anziché* di quello paterno) in cui la Corte europea aveva inciso significativamente con una pronuncia di condanna del nostro Paese (*Cusan e Fazzo c. Italia* del 2014, e non per violazione di norme processuali ma sostanziali della CEDU), e venendo oltretutto la Corte costituzionale a ribaltare un proprio precedente nel senso dell'inammissibilità per discrezionalità legislativa di analoga questione (nel caso, la sent.

revocazione e autotutela doverosa, in *Il Processo*, 2019, fasc. 2, 265.

⁴⁷ E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017.

n. 61/2006), il richiamo alla pronuncia del Giudice europeo si risolve infine in una mera *cornice* [l'espressione è adoperata testualmente dalla Corte per ricordare il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale - posto in discussione nel giudizio in via incidentale vertente su questione analoga (attribuibilità *anche* del cognome materno) - pure nel sistema convenzionale], che non arricchisce la trama del quadro riempito dai Giudici della Consulta: sono presenti cioè nel corpo della decisione, sia pure in estrema sintesi, gli argomenti adoperati a Strasburgo, ma infine la censura relativa all'art. 117, comma 1, Cost., è dichiarata assorbita, a vantaggio di un impianto della decisione, che poggia tutto, almeno in apparenza, sui consolidati parametri degli artt. 2, 3 e 29, comma 2, Cost. (violazione, appunto, del diritto all'identità personale, oltretutto irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi).

Di più, la pronuncia in questione era già stata affiancata da altre importanti pronunce, tramite le quali la Corte ha indubbiamente spostato in avanti l'asticella della tutela dei diritti fondamentali in materie sensibili [una vicenda altrettanto nota che aveva condotto la Corte a un *revirement*, ad esempio, era stata quella del riconosciuto accesso alle origini biologiche da parte dell'adottato (sent. n. 278/2013), all'indomani della sentenza *Godelli c. Italia* del 2012, con cui la Corte europea a sua volta era intervenuta dopo la sent. n. 425/2005 della Corte costituzionale, dichiarativa addirittura dell'infondatezza (v. par. 6); o ancora, un altro esempio era reperibile nella sent. n. 96/2015 che aveva, in materia di accesso alla diagnosi c.d. preimpianto dell'embrione in utero, aperto un varco alla fruibilità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche, all'esito di *Costa e Pavan c. Italia* del 2012⁴⁸, e qualche anno più tardi dell'ord. n. 369/2006, pur riferita alla diversa ipotesi delle coppie sterili], senza marcare però il ruolo assunto per ciascuna di esse dagli approdi della giurisprudenza europea, bensì evidenziando soltanto i principi costituzionali che imponevano un cambio di marcia, senza che fossero ben decifrabili le ragioni del mutamento di prospettiva⁴⁹; e infine, in relazione ad altra vicenda importante in materia di procreazione medicalmente assistita, sul punto del divieto di fecondazione eterologa demolito con sent. n. 162/2014, erano stati nuovamente assorbiti i motivi di censura (ri)formulati da uno dei tre remittenti in riferimento all'art. 117 Cost., nonostante la Corte avesse precedentemente ed espressamente chiesto ai giudici *a quibus*, con l'ord. n. 150/2012, una rivalutazione della questione proprio alla stregua dell'evoluzione della giurisprudenza europea⁵⁰.

⁴⁸ Il cui specifico 'seguito' davanti al giudice comune è stato già evidenziato alla nota 9.

⁴⁹ Cfr. tuttavia 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, fasc. n. 4/2017.

⁵⁰ Cfr. anche A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala*

Com'è ovvio, da un punto di vista formale la scelta della Corte non è contestabile, anzi è ineccepibile, nel senso che quando c'è un profilo di illegittimità costituzionale che consente di addivenire alla pronuncia di fondatezza, l'assorbimento di rilievi, dunque di possibili vizi, fondati su parametri ulteriori evocati dai remittenti sta a pieno titolo nello strumentario processuale del Giudice delle leggi; è semmai un problema di strategie argomentative quello che ci si può porre, perché pur ribadendo a più riprese di riconoscere ai precetti della Convenzione (quasi) lo stesso rango della Costituzione, la Corte rischia di svilire ciò che in astratto rivendica di fare, cioè di essere davvero attenta al *diritto (effettivamente) vivente* a Strasburgo⁵¹, sì da valorizzare la Convenzione e dare il massimo riconoscimento possibile alla Corte europea. Tanto più il problema si impone alla riflessione considerando che – specularmente, come accennato – dichiarazioni di infondatezza o di inammissibilità hanno trovato un addentellato non sporadico nei riferimenti alla Convenzione⁵². È da chiedersi pertanto se la Corte costituzionale non abbia trascorso una stagione nella quale, nonostante le affermazioni di principio, abbia avuto difficoltà a confrontarsi apertamente con la CEDU e la sua Corte, dunque a riconoscerle *fino in fondo* un ruolo, laddove questo ruolo avrebbe potuto enuclearsi come fattore di decisivo traino, per la promozione dei diritti fondamentali; forse per il timore di una perdita di centralità del proprio ruolo, in questa direzione, e più in generale probabilmente anche perché dubbiosa per i rischi di un eccessivo peso assunto dalle giurisdizioni sovranazionali nella prospettiva di una ulteriore integrazione europea, un po' a tutti i livelli, che spetterebbe viceversa alle istituzioni politiche di incentivare. Il discorso sarebbe dunque molto ampio, assumendo connotazioni e sfaccettature che qui posso soltanto accennare.

4.1. (segue): i significati del richiamo alla Carta sociale europea: tutti i trattati internazionali sono eguali?

Proprio a margine di una tale riflessione, e pur apparentemente profilo spurio, viene da chiedersi quale valore riconoscere ai richiami, a tutti noti, che

restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita), in *Consulta on line*, 12 giugno 2012.

⁵¹ L'espressione è adoperata da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *www.rivistaAIC.it*, fasc. n. 4/2017, 25, che ricorda come la Corte verifichi alcuni elementi per la ricerca, appunto del diritto (effettivamente) vivente: la riferibilità del caso anche all'Italia, la intervenuta pronuncia della *Grande Chambre*, il numero e il tenore delle opinioni dissenzienti, la continuità negli indirizzi della Corte.

⁵² Una ricostruzione minuziosa degli utilizzi della CEDU in funzione parametrica viene effettuata da G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 375 ss., spec. 415-423. Più di recente, è ad esempio la sent. n. 22/2018 a far uso della CEDU per argomentare un rigetto.

la Corte è venuta operando alla Carta sociale europea (CSE). Sembrerebbe infatti, tale aspetto, interessare l'area del parametro del giudizio di costituzionalità ed in esso anche tendenzialmente esaurirsi (senza influire particolarmente, quindi, sul tema dell'accentramento che pertiene a questa relazione), se è vero che le sentenze gemelle erano sembrate appiattare la CEDU sui comuni accordi internazionali (ai quali, almeno dal punto di vista formale, è riconducibile la suddetta Carta⁵³), alla stregua del meccanismo di raccordo tra fonti interne e fonti esterne vivificato dall'art. 117 Cost.⁵⁴, e dunque – per converso - caricare i giudici comuni dei medesimi oneri anche a fronte di norme pattizie che venissero concretamente e di fronte a loro in gioco (tentativo di interpretazione conforme *versus* incidente di costituzionalità). Di più, dopo alcuni anni in cui la Corte non è sembrata prestare al tema specifica attenzione (nonostante le preoccupazioni della dottrina, di doversi riconoscere un peso eccessivo agli stessi trattati internazionali approvati con procedura semplificata), nei primi anni Dieci nel nuovo Millennio la Corte è venuta affermando testualmente che gli strumenti di carattere pattizio (i più diversificati e 'distanti' rispetto alla CEDU, nel caso la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo) sono norme interposte rispetto al principio sancito dall'art. 117, comma 1, Cost. (sent. n. 7/2013)⁵⁵; più esattamente, la Corte ha precisato che la questione sottoposta risultava fondata anche sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese (nella fattispecie, sul versante specifico della protezione dei minori). Ci si è chiesti⁵⁶ se dietro una tale scelta si celasse un intento di ulteriore apertura o, viceversa, di implicito contenimento delle fonti nelle maglie dei "controlimiti allargati" sottesi al paradigma dell'art. 117, comma 1, Cost., con uno sforzo di gerarchizzare un panorama delle fonti che fatica a ricomporsi in sistema.

Sono tuttavia pronunce assai più recenti a riportare decisamente in *auge* il tema, spostandolo proprio sul piano delle censure rivolte a norme di diritto

⁵³ Per una chiara illustrazione dei dati che avrebbero consentito, fin dal 2007, una differenziazione della Convenzione europea rispetto agli accordi internazionali in genere, cfr. M. LUGATO, *Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte costituzionale*, in *Consulta on line*, 2009.

⁵⁴ Cfr. E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali comune nella giurisprudenza*, relazione presentata al Seminario dal titolo *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009.

⁵⁵ Con un'esplicitazione maggiore di quanto non fosse già avvenuto nelle sentt. nn. 124/2010 e 85/2012, laddove la normativa internazionale (Protocollo di Kyoto addizionale alla Convenzione ONU sui cambiamenti climatici) e quella comunitaria nella veste di alcune direttive CE venivano richiamate congiuntamente al fine di dichiarare l'illegittimità di leggi regionali.

⁵⁶ Cfr. V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2013.

interno che violino per qualche aspetto la CSE, e dei significati da trarsene a proposito del ruolo che possono assumere, rispetto alla medesima, Corte costituzionale e giudici comuni. Le occasioni, a tutti note, sono state quella dello scardinamento del divieto connesso all'associazionismo sindacale nelle Forze armate (sent. n. 120/2018) e l'altra dell'annullamento della formula di quantificazione automatica degli indennizzi, nel contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti (sent. n. 194/2018). Al netto delle pregevoli osservazioni in punto di merito che entrambe le pronunce hanno ricevuto, per l'aver la Corte da un lato superato un radicato "tabù" avverso la libertà di associazione in capo ai militari⁵⁷, e per essere stata capace di intervenire, dall'altro, su uno sfondo di innegabile *décalage* di protezione del rapporto/contratto di lavoro⁵⁸, è da capire se queste decisioni, valorizzando la CSE, non giungano paradossalmente, "a rovescio", a rimarcare la peculiarità della CEDU (nel suo rapporto, per così dire, di naturale complementarità con la CSE) e dunque il suo trattamento 'accentrato'⁵⁹, per lo meno sul versante "soggettivo-interno", nei termini che sin qui ho cercato di spiegare. Oppure se questa recente giurisprudenza non possa inserirsi in un orizzonte di senso parzialmente differente, quale quello che prospetterò nei paragrafi successivi.

Non mancano i contributi che hanno cercato di affrontare di petto il senso dell'apertura della Corte a tale specifica fonte del diritto sovranazionale, segnando anche un interessante punto di contatto tra studiosi e operatori di diverse discipline, che sono venuti incrociando i propri sforzi su un medesimo tema⁶⁰. Lo "statuto" della CSE è messo subito in luce dalla sent. n.

⁵⁷ Tra i molti commenti, G. CANALE, *La libertà di associazione sindacale militare: il primo passo di un cammino ancora lungo*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 3/2018; M. RICCI, *La fine di un "tabù": il riconoscimento della libertà di associazione (limitata) ai militari*, in www.rivistaAIC.it, fasc. n. 3/2018; G. TURAZZA, *La sent. n. 120 del 2018: un approdo intermedio nel riconoscimento delle libertà sindacali ai militari*, in *Studium iuris*, 2018, 297.

⁵⁸ Così E. BALBONI, *La forza dei principi, ovvero ultimi (?) bagliori costituzionalmente orientati. Commento alla sentenza n. 194 del 2018 intorno al "diritto al lavoro"*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2019; tra gli altri, C. PANZERA, *Indennità di licenziamento e garanzie (costituzionali ed europee) del lavoratore*, in www.diritticomparati.it, 6 dicembre 2018; C. SALAZAR, *Lavorare stanca... ma licenziare costa. La sentenza n. 194 del 2018 della Consulta sul contratto a tutele crescenti*, in *Quad. cost.*, 2019, 179.

⁵⁹ Cenni per l'accoglimento di questa linea di lettura in A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Consulta on line*, fasc. n. 3/2018.

⁶⁰ Senza pretesa di esaustività, I. TRICOMI, *Complementarietà tra Cedu e Carta sociale europea: principi costituzionali, parametri europei, proporzionalità e ruolo dei giudici. Il caso della libertà sindacale dei militari*, in *DPERonline*, fasc. n. 1/2018; C. DI TURI, *Libertà di associazione sindacale del personale militare e Carta sociale europea nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. umani e dir internaz.*, fasc. n. 3/2018, 615; C. LAZZERI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, in

120/2018, laddove la Corte afferma che essa «presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU. Se quest'ultima, infatti, ha inteso costituire un «sistema di tutela uniforme» dei diritti fondamentali civili e politici (e qui si richiama la sent. n. 349/2007), la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale (...)»⁶¹. Per queste sue caratteristiche la Carta, dunque, deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Essa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta». Affermazioni molto, forse anche troppo, nette, sì che la Corte avverte subito il bisogno di precisare che «la sua struttura si caratterizza prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva», che «peraltro l'art. 5 della Carta sociale ha un contenuto puntuale», le quali ad ogni modo vengono stemperate dal rilievo ulteriore che «la norma ha (...) un contenuto simile a quello corrispondente della CEDU»; quest'ultimo passaggio, per vero, sembrerebbe offrire la chiave di volta per la comprensione della pronuncia, nel senso che la Corte finisce per appoggiarsi su alcune decisioni della Corte di Strasburgo, già ritenute nel corpo della motivazione «espressione di un approdo giurisprudenziale stabile», che avevano decifrato analoghe vicende relative all'ordinamento francese; dunque, a un tempo, forte caratterizzazione della CSE e altrettanto evidente «scoloritura» nel più tradizionale parametro convenzionale letto alla luce della «sua» Corte.

Anche l'assenza di una giurisdizione, nel sistema delineato dalla CSE – che come si sa fa perno su decisioni avverso reclami collettivi, messi a punto dal Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), ma non su un vero e proprio giudice appositamente istituito per favorirne l'uniformità di interpretazione e di applicazione, qual è invece la Corte EDU – costituisce affermazione qualificante nel corpo della sent. n. 120/2018; pur riconoscendo l'autorevolezza delle statuizioni del CEDS, la Corte si riserva ampi margini di manovra al cospetto delle medesime, e gli stessi giudici nazionali non sono vincolati dalle letture della CSE che provengano dal Comitato. Non dovrebbe valere, al cospetto della Carta, l'onere di interpretazione conforme che invece grava dinnanzi alla CEDU (la Corte esclude espressamente che possa trovare applicazione quanto affermato a tal proposito nella sent. n. 348/2007, cioè che

lismi.it, fasc. n. 4/2019; G.E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in www.federalismi.it, fasc. n. 4/2019.

⁶¹ Poiché, prosegue la Corte al punto 10.1 del *Considerato in diritto*, come si legge nel preambolo della CSE, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo.

la verifica di compatibilità costituzionale debba riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, piuttosto che la disposizione in sé); dunque, a chiusura del cerchio argomentativo, sembrerebbe potersi ricavare – per quel qui più interessa – un ruolo marginale per i giudici comuni a vantaggio di una dialettica tutta centrata sulle relazioni “da lontano” tra la Corte costituzionale e gli organismi di Strasburgo: la questione che implichi potenziale violazione della CSE e della Costituzione deve certo arrivare a Roma, se è vero che la Carta è norma interposta, e arriverà tanto più frequentemente tanto meno consistente è il “velo” che possano offrire le decisioni del Comitato, salva la possibilità di un recupero, sul piano ermeneutico, di pertinenti affermazioni della Corte EDU. Quasi a dire, qui forzo la lettera della sent. n. 120/2018, lo statuto della CSE è sì peculiare, rispetto al diritto internazionale pattizio, ma lo è così tanto da non tollerare il limbo in cui versa probabilmente quest'ultimo⁶², consegnato com'è alle imprevedibili, per tanti versi, operazioni esegetiche dei giudici comuni; quasi a tracciarsi una “linea” tra accordi internazionali di rango “costituzionale” e altri accordi, sì che dai primi – nel caso, da disposizioni “a contenuto sociale” – la stessa Corte delle leggi possa ricavare elementi convincenti da introiettare eventualmente nelle proprie pronunce, alimentando anche per tale strada la dialettica col legislatore.

La sent. n. 194/2018, peraltro, non segue uno spartito proprio identico ed appare in ogni caso, almeno a me, non del tutto agevole da decifrare; innanzitutto segnalerei che, al contrario di quanto ho osservato al par. 4, la Corte, che ben potrebbe anche in questo caso semplificare il proprio compito attraverso la tecnica dell'assorbimento, avendo già individuato chiaramente un problema di irragionevolezza della disciplina indubbiata, opta invece per una linea di triplice censura (ovvero ai sensi degli artt. 3, 76 e 117, comma 1, Cost.): scegliendo dunque di mettere in risalto, senza che fosse strettamente necessario, anche la violazione della CSE (per il cui tramite risultano violati gli artt. 76 e 117, comma 1, Cost.), per i chiarimenti che in ordine all'art. 24 della Carta medesima ha dato il CEDS a seguito di reclamo collettivo, per un verso richiama la precedente sent. n. 120/2018, sembrando dunque accogliere la medesima ottica (con una sintassi stringata, ma con un “linguaggio” che potrebbe, forse, leggersi nel senso di una maggiore valorizzazione di questa

⁶² La stessa CSE è stata scarsamente utilizzata dalla Corte, prima che i giudici amministrativi e ordinari rimettessero le questioni che essa ha deciso con le sentt. nn. 120 e 194/2018; cfr., tra gli altri, G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, fasc. n. 18/2013; A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota alla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2015; B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in www.federalismi.it, fasc. n. 17/2017.

peculiare fonte del diritto internazionale); ma per un altro verso, sottolinea come la suddetta disposizione della CSE specifichi (non faccia che specificare?) un obbligo (di garantire l'adeguatezza del risarcimento, con riguardo al licenziamento ingiustificato) del tutto in linea con quanto affermato dalla stessa Corte (sulla base del parametro interno dell'art. 3 Cost.). A questo punto la Corte richiama la sent. n. 317/2009, per evidenziare come si realizzi, in tal modo, un'integrazione tra fonti⁶³ e (ciò che più rilevarebbe) tra le tutele da esse garantite. Di qui un interrogativo: sotto la superficie di un tributo, di un ossequio al parametro europeo si cela un obiettivo di avvaloramento della motivazione già svolta in punto di irragionevolezza, oppure la Corte è effettivamente più permeabile, o comunque più incline ad un approccio informale cui, a ben vedere, non aveva acconsentito con le sentenze gemelle⁶⁴ e al quale non era lineare giungere nemmeno attraverso la richiamata, caleidoscopica pronuncia del 2009? E ancora, questa pronuncia, astraendo dal tema specifico del rilievo da dare alla CSE, risente di un diverso clima che (par. seguente) pare affacciarsi a Corte nell'ultimo periodo?

5. Verso un utilizzo, finalmente, “a viso aperto” della Convenzione...

Tornando a una valutazione d'insieme, è da riconoscere infatti come nel passato più recente sia affiorato, nella giurisprudenza di questa, un utilizzo differente del parametro convenzionale, ovvero anche a supporto di decisioni assai significative di accoglimento; ed è un utilizzo che non definirei più soltanto “apparente” come ai tempi delle sentenze gemelle. In altri termini, se fino a poco tempo addietro le questioni accolte dalla Corte, valorizzando anche la CEDU, intercettavano pressoché soltanto le condanne europee all'Italia determinate da violazione delle norme dell'art. 6 della Convenzione sull'equo processo [forse proprio in virtù del canale aperto dalla summenzionata sent. n. 113/2011 e delle sue indicazioni di portata ampia, che hanno condotto a decisioni nell'ambito delle quali la violazione della CEDU (e per suo tramite, dell'art. 117, comma 1, Cost.) ha assunto un rilievo centrale⁶⁵], negli ultimissimi anni si registrano alcune scelte differenti, che potrebbero testimoniare un qualche proposito della Corte di costruire una differente prospettiva, la quale non

⁶³ G. SILVESTRI, *Costituzione e fonti primarie*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2/2018, 4.

⁶⁴ C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU*, cit., 3523, ritenne sin da subito che le sentenze del 2007 comportassero un riequilibrio tra le ragioni del diritto costituzionale e quelle dell'apertura, pur essa costituzionalmente riconosciuta, ad altri ordinamenti e organizzazioni internazionali, con una specifica valenza nella delicata partita in corso con i giudici comuni e la Corte di Strasburgo; senza indiscriminate aperture dei giudici nazionali alla giurisprudenza sovranazionale, e senza una corrispondente ritirata dalle tradizionali impostazioni «formalistiche» a vantaggio di quelle «assiologico-contenutistiche».

⁶⁵ Cfr. ad esempio le sentt. nn. 97, 109 e 184/2015, 36/2016.

riduca le dichiarazioni di violazione della Convenzione a una sorta di *flatus vocis* della giurisdizione sovranazionale nei confronti dell'ordinamento interno.

Un segnale in controtendenza potrebbe cogliersi già nella sent. n. 68/2017, in materia di sanzioni irrogate dalla Consob comprensive di confische per equivalente, che pur di inammissibilità per erroneità del presupposto interpretativo, spiega come il giudice *a quo* abbia in realtà operato una considerazione parziale della complessa vicenda normativa, trascurando in particolare che nella fattispecie, il nuovo trattamento sanzionatorio introdotto in sede di depenalizzazione dal legislatore italiano continuasse a costituire una “pena”, ai sensi dell’art. 7 della CEDU, per come interpretato a Strasburgo; con la conseguenza che un giudizio di maggior favore non potrebbe basarsi solo sulla qualificazione giuridica della sanzione come amministrativa e sull’astratta preferibilità di una risposta punitiva di tale natura rispetto a quella penale (dovendo esso, al contrario, fondarsi sull’individuazione in concreto del regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico). Questa pronuncia infatti, pur riguardando un profilo specifico dell’ordinamento interno sul quale la Corte EDU non si era ancora misurata, ed oggetto di una lettura autorevole assai sfaccettata⁶⁶, mostra un tratto che mi parrebbe interessante, ovvero da un lato sottolinea come il legislatore abbia considerato la sanzione amministrativa introdotta in sé più favorevole della precedente pena, benché connotata dalla confisca di valore; ma dall’altro lato valorizza ciò che sarebbe da ritenersi espressamente vietato ai sensi dell’art. 7 CEDU, ovvero l’applicazione retroattiva di un regime punitivo che risulti maggiormente afflittivo per l’autore del fatto, rispetto al regime che era applicabile al momento del fatto. Valorizzando di conseguenza anche il ruolo del giudice rimettente nell’applicazione diretta di principi (questi sì) già consolidatisi nella giurisprudenza europea, così prevenendo violazioni della CEDU per effetto delle proprie pronunce⁶⁷; e, come noto, recentemente la Corte è di nuovo intervenuta in materia - sottolineando ancora efficacemente il ruolo del giudice con riferimento al complesso dei principi affermatasi a Strasburgo - con una pronuncia di accoglimento⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir. pen. contemp.*, fasc. n. 4/2017, 269.

⁶⁷ Che questo sia addirittura un dovere del giudice lo sottolinea la Corte al punto 7 del *Considerato in diritto*, evidenziando altresì che l'interprete nazionale è tenuto a *sviluppare i principi* enunciati (con riferimento alla fattispecie) sulla base dell’art. 7 della CEDU per decidere se valgano anche con riferimento alla confisca di valore; e la Corte finisce per dare essa stessa una risposta affermativa a tale quesito.

⁶⁸ Il riferimento è alla sent. n. 63/2019, commentata da M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2019; da S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*; e da G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e*

Ulteriore, assai significativo, esempio di questo possibile, nuovo corso della giurisprudenza costituzionale viene fornito anzitutto dalla sent. n. 12/2018, che porta ancora una volta alla messa a fuoco, quale parametro di costituzionalità, dell'art. 117, comma 1, integrato dall'art. 6 CEDU; ma – nel campo minato dell'interpretazione autentica⁶⁹ – produce un risultato di rilievo giacché, come rilevato da acuta dottrina⁷⁰, orienta la Corte alla ricostruzione della fattispecie in esame in termini di abuso processuale previo ricorso ad una sua valutazione empirica secondo figure sintomatiche dichiaratamente prese a prestito dalla giurisprudenza europea. E, invertendo la Corte costituzionale l'ordine di formulazione delle censure da parte del giudice *a quo*, stavolta è l'ulteriore profilo di illegittimità costituzionale dedotto (violazione degli art. 3, 24, comma 1, 102 Cost., per superamento dei limiti all'efficacia retroattiva delle leggi individuati dalla stessa Corte), profilo per così dire “interno”, a rimanere assorbito. Ancora nell'alveo dell'art. 6 CEDU (richiamato però assieme all'art. 13 della stessa Convenzione) è da enuclearsi – alla stregua della sent. n. 88/2018 – la ritenuta violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., combinata stavolta con parametri costituzionali ulteriori, ad opera della disciplina che ha novellato la legge Pinto, senza tuttavia risolvere in modo soddisfacente – come ampiamente noto – il problema della irragionevole durata del processo nemmeno sotto il profilo indennitario e della sua tempistica; è curiosa qui, peraltro, la citazione in chiusura di motivazione proprio della sent. n. 113/2011, ma depurata dai riferimenti alle esigenze di conformazione alle sentenze della Corte EDU⁷¹ e centrata piuttosto sul *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa cui la Corte – tanto più se attinente a diritti fondamentali – è tenuta a porre rimedio.

Potrei istintivamente valutare quest'ultima pronuncia come una sorta di “ritorno alle origini”, cioè alle “sentenze gemelle” – che pure non vengono mai espressamente menzionate, a differenza di quanto spesso accade quando implicata nel parametro è la Convenzione europea – anche perché si tratta di un ulteriore ambito, come si è visto lo era stato quello degli espropri, nel qua-

63 del 2019 della Corte costituzionale, entrambi in www.federalismi.it, fasc. n. 10/2019.

⁶⁹ La questione è interessante anche perché analoga a quella delle c.d. pensioni svizzere (v. anche *infra*, par. 5.1) ma concerne stavolta l'erogazione di fondi pensionistici integrativi; riguarda, più in particolare, una disposizione d'interpretazione autentica che impone una soluzione normativa favorevole all'INPS di una lite – già definita in senso avverso all'ente pubblico previdenziale in primo e secondo grado – pendente davanti alla Corte di cassazione che si attiva quale giudice *a quo*.

⁷⁰ Il riferimento è ad A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in www.osservatoriocostituzionale.it, fasc. n. 2/2018.

⁷¹ Ovviamente tali riferimenti non avrebbero potuto essere così tanto specifici, non essendo implicato stavolta nel parametro l'art. 46 CEDU, ma non sarebbero stati a mio avviso mal posti, attraverso una formula più ampia.

le l'Italia aveva ricevuto lo stigma dell'inadempimento strutturale⁷². La Corte opera tuttavia questo "ritorno" per il tramite di una scelta stilistica parzialmente diversa; per un verso si pone l'accento sulla puntuale giurisprudenza di Strasburgo che ha più volte colpito la normativa italiana, in questa peculiare materia, ma per l'altro non si enfatizza altresì la pregressa giurisprudenza costituzionale (anche perché essa non è così copiosa: qui il confronto, assai difficoltoso tra Roma e Strasburgo, è stato retto a lungo dalla Corte di cassazione) allo scopo di evidenziare una consonanza che (ricordavo sinteticamente al par. 2) nel 2007 aveva finito per scalzar fuori il legislatore; è invece il pressante monito di pochi anni addietro (sent. n. 30/2014) rimasto inascoltato che basta, da sé solo, a far scattare la sanzione della dichiarazione di illegittimità. Di più, se nel 2014 il richiamo della CEDU non giungeva a depotenziare la strada dei rimedi indennitari, pertanto successivi alla violazione del principio della durata ragionevole del processo (anzi se ne sottolineava la praticabilità pur col limite della effettività), nel 2018 invece la Corte non perde occasione per stigmatizzare ulteriormente le infelici scelte del decreto legge che ha novellato la legge Pinto, riallacciandosi a una giurisprudenza anche pregressa della Corte europea che ha sempre indicato come preferibili i rimedi preventivi di procedimenti giudiziari eccessivamente lunghi; se dunque l'epilogo recente era stato preannunciato⁷³, il rigore delle motivazioni giunge in parte inatteso⁷⁴.

5.1 (*segue*): ...tra incertezze perduranti e approdi recenti

Certo, anche nel quadro inevitabilmente stringato che riesco a comporre, mi accorgo che le ipotesi capaci di appalesare un'incertezza perdurante non mancano: prima la riconferma, sul versante delle c.d. pensioni svizzere, dell'orientamento espresso nel c.d. caso Maggio – che aveva dato luogo ad una clamorosa, quanto ben indagata in dottrina, contrapposizione della Corte costituzionale con la Corte europea, vedendo in concreto prevalere nella sent. n. 264/2012 «interessi antagonisti, di pari rango costituzionale» rispetto a quelli già apprezzati a livello sovranazionale⁷⁵, la cui ponderazione deve es-

⁷² Lo ricorda anche G. SORRENTI, *Gli emendamenti alla legge Pinto al primo vaglio di legittimità costituzionale, ovvero di convenzionalità: un contrasto inesplosivo ma sussistente*, in www.federalismi.it, fasc. n. 9/2014.

⁷³ In tal senso A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, in www.federalismi.it, focus *Human rights*, fasc. n. 2/2018.

⁷⁴ In quest'ordine di idee, e nel medesimo ambito materiale coperto dalla legge Pinto e successive modifiche, mi pare possano leggersi anche le più recenti sentt. nn. 34 e 169/2019, entrambe dichiarative di incostituzionalità di specifici profili.

⁷⁵ Puntuale la ricostruzione di A. RUGGERI, *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia pensionistica)*, in www.dirittifondamentali.it, 30 maggio 2017.

sere «sistematica» e «non frazionata», oltre che rimessa all'autorità della Corte delle Leggi - con sent. n. 166/2017; sentenza quest'ultima, tuttavia, in cui la nostra Corte sembra anche "spezzare una lancia" in ordine a quello che qualifica come un grave problema segnalato dalla Corte EDU, rispetto al quale non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa (dunque una sorta di monito "vivificato" dalla giurisprudenza sovranazionale, infine compare). Su tale complessa vicenda, di estremo interesse risulta da ultimo la riflessione di colei che richiama la categoria dei controlimiti aggettivandoli in questo contesto come «dialogici»⁷⁶, per significare come la ponderazione esterna venga rielaborata nella prospettiva della integrazione delle tutele (ovvero, la Corte esterna non avrebbe operato una scelta palesemente irragionevole, e tuttavia non avrebbe adoperato nemmeno la prospettiva sistemica, tipica del Giudice nazionale delle Leggi); e forse la sent. n. 12/2018, summenzionata, pur originata da un problema parzialmente differente, avrebbe potuto trovare il modo di ricollegarsi esplicitamente a queste pregresse vicende delle pensioni svizzere, per appalesare un percorso di sviluppo anche su terreno conclamato (almeno in precedenza) "di scontro" tra Roma e Strasburgo.

Come non ricordare poi l'opacità - sotto questo come altri profili - della c.d. ordinanza Cappato (ord. n. 207/2018) nella quale gli argomenti richiamati (pure con una certa profusione) dalla giurisprudenza di Strasburgo - oltretutto non riguardante mai direttamente il nostro Paese - risultano a ben guardare per nulla funzionali a illuminare l'orientamento più avanzato della Corte europea nella materia dell'aiuto al suicidio, né dunque presumibilmente sarebbero stati d'aiuto al legislatore per evitare (se avesse provato a intervenire, nei mesi scorsi) una probabile dichiarazione di incostituzionalità (come avrebbero potuto invece risultare utili, almeno in ipotesi e sia pure in un'ottica *ad adiuvandum*, gli argomenti taciuti nell'ordinanza ma ben presenti nella medesima giurisprudenza sovranazionale; ho cercato di spiegarlo in altra sede⁷⁷, in attesa delle motivazioni della ulteriore decisione che, a questo punto, è arrivata (sent. n. 242/2019)). La mia sensazione era stata, in estrema sintesi, quella di un *falso movimento* verso la Corte europea, consumato nelle pieghe retoriche della motivazione di una pronuncia dalle sembianze attente che tuttavia svela, ad un'analisi più approfondita, una scarsa considerazione del parametro convenzionale *ex art. 8*, nell'interpretazione evolutiva che i Giudici di Strasburgo sono stati invece capaci di dare.

Ma confortante sembrerebbe (anche per i motivi che cercherò di spiegare *infra*, par. 6) quello che ad oggi credo di poter segnalare come l'approdo più

⁷⁶ Il riferimento è a S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, Napoli, 2018, 361-362.

⁷⁷ E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Dopo l'ord. n. 2017/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, in www.forumcostituzionale.it, 25 giugno 2019.

recente della nostra Corte, tradotto dalle sentt. nn. 24 e 25/2019, alla ricerca di un equilibrio soddisfacente tra esigenze della Costituzione e quelle della Convenzione: com'è ormai abbondantemente noto, data l'attenzione immediatamente destata non solo dalle due pronunce, ma anche – in precedenza – dal 'seguito' della c.d. vicenda de Tommaso (che aveva avuto il suo culmine a Strasburgo, in una sentenza di condanna dell'Italia da parte della Grande Camera nel febbraio 2017, in materia di misure di prevenzione⁷⁸), si trattava per la Corte costituzionale di intervenire in uno scenario composito che aveva visto reazioni completamente diverse da parte dei giudici penali italiani⁷⁹: se taluni avevano di fatto ignorato la Corte europea, ritenendo (sulla scia della sent. n. 49/2015 della Corte costituzionale⁸⁰) che la pronuncia non esprimesse un orientamento consolidato (es. Trib. Milano 13 marzo 2017 e Trib. Palermo 28 marzo 2017⁸¹), altri le avevano invece riconosciuto forza vincolante, operando con la tecnica dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme (es. Cass., sezioni unite penali, sent. 27 aprile 2017, n. 40076, Pater-nò⁸²), piuttosto che non (lo dimostrano le tre diverse ordinanze di rinvio, formulate da giudici del merito e riunite nel procedimento risolto con la sent. n. 24/2019, come pure quella predisposta dalla Corte di cassazione, II sez. penale, e alla base della sent. n. 25/2019⁸³) sottoponendo le questioni di legittimità costituzionale che hanno consentito appunto alla nostra Corte di esprimersi. Ebbene, molto molto in sintesi, mi pare possibile affermare che dinnanzi ai presupposti applicativi che danno spazio a misure preventive di sorveglianza speciale, confisca o sequestro, e ai contorni della stessa fattispecie di reato che punisce la violazione di prescrizioni imposte con la misura personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, la Corte costituzionale è stata capace di riconoscere come alcuni di tali elementi fossero stati sufficien-

⁷⁸ Commentata, tra gli altri, da G.P. DOLSO, *La sentenza "De Tommaso" della Corte Edu in materia di misure di prevenzione: una prima crepa nel sistema*, in www.forumcostituzionale.it, 30 ottobre 2017.

⁷⁹ Cfr. i puntuali rilievi di F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 1/2018.

⁸⁰ Che la vicenda de Tommaso apparisse connotata da profili che ne rendono problematico l'etichettamento' secondo i criteri espressi dalla sent. n. 49/2015, e che le reazioni fatte registrare dalla giurisprudenza italiana a de Tommaso siano state proprio il frutto delle differenti precomprensioni che le governano, è stato messo in evidenza da V. MAIELLO, *De Tommaso e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1039.

⁸¹ Pubblicati in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2017.

⁸² Pubblicata in *Dir. pen. contemp.*, fasc. n. 9/2017, 146, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*.

⁸³ Ordinanza 11 ottobre 2017, Sorresso, in *Dir. pen. contemp.*, fasc. n. 10/2017, 272.

temente precisati dalla Corte di cassazione, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU (e specialmente, proprio nel caso *de Tommaso c. Italia* del 2017; dunque l'interpretazione *aperta* alle risultanze europee aveva funzionato); e come altre, invece, fossero ancora affette da imprecisione, indeterminatezza, imprevedibilità, con riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie legale, rendendosi pertanto necessaria la dichiarazione di incostituzionalità.

Al netto di elementi di dettaglio certamente non sfuggiti ai primi commentatori⁸⁴, un tale approccio mi pare importante più in generale, per scongiurare l'impressione che la Corte intenda riservarsi l'ultima parola su ogni tipo di compatibilità costituzionale (l'ultima parola la Corte se la prende, potremmo dire, per quanto unicamente occorre, cioè per ciò che la Corte di cassazione non è riuscita a precisare), dando adeguato spazio e risalto - invece - a tutte le giurisdizioni ulteriori (comune, convenzionale), in una sorta di ideale gioco di squadra; e ciò sembra positivo, perché, riprendo questa efficace immagine, quando viene "appaltata" - come succede per molti complessi motivi nel nostro tempo, e come è stato autorevolmente evidenziato⁸⁵ - la "gestione" dei diritti fondamentali alla giurisdizione, non si può poi immaginare di limitare tale delicato compito solo al livello "superiore" della giurisdizione costituzionale. E più in particolare, non si dovrebbe farlo al cospetto della Corte di Strasburgo, perché se nessuno, tanto meno la sottoscritta, azzarderebbe a predicarne l'onnipotenza, non credo si possa nemmeno sotteraneamente operare per ridurla - all'opposto, e in pratica - all'impotenza. Certo, le menzionate sentenze dell'anno in corso, accostabili per gli esiti cui giungono, non sono propriamente "gemelle" nel ragionamento, giacché se la sent. n. 24/2019 valorizza espressamente l'idea del combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti che vengono in questione⁸⁶, la successiva sent. n. 25/2019 pone l'accento piuttosto su un'esigenza di completamento, attraverso la questione di costituzionalità, dell'operazione di adeguamento e maggiore conformità dell'ordinamento interno alla CEDU operazione già compiuta dalla giurisprudenza di legittimità (potremmo dire,

⁸⁴ Tra gli altri, G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza EDU in materia di misure di prevenzione*, in *Quad. cost.*, 2019, 691; S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 marzo 2019; V. MAIELLO, *La prevenzione 'ante delictum' da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 332; M. PELISSERO, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2019, 1148; N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica" tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost.*, 2019, 322.

⁸⁵ Riprendo il ragionamento di G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, cit., 160.

⁸⁶ Cfr. il punto 10.4.3 del *Considerato in diritto*.

per quanto possibile), attraverso il pronunciamento delle sezioni unite. Vi è poi, all'interno della sent. n. 25/2019, un apparente richiamo e saldatura con la giurisprudenza costituzionale pregressa, di cui si darà conto nel par. 6, che potrebbe anche essere letta come un ritorno all'indietro; ma l'apprezzamento, da parte della stessa Corte costituzionale, del fatto che le questioni si pongano nel punto di confluenza della giurisprudenza delle tre Corti, appare a sua volta un segnale molto positivo di apertura per il dinamismo giurisprudenziale di cui la Corte di cassazione si è fatta interprete, e del quale la Corte europea è attore a primo titolo.

6. Venendo ai giudici comuni (non solo “in controluce”): la percezione del parametro CEDU attraverso la lettura di alcune vicende esemplari

Venendo a un diverso ordine di riflessioni, per valutare compiutamente “a che punto siamo”, nelle relazioni con la Convenzione, e di conseguenza qual è lo stato di salute del giudizio ‘accentrato’ a partire da quella che può essere una più o meno intensa, ma necessaria ormai, considerazione del sistema Strasburgo, sembra opportuno guardare da vicino anche all’atteggiamento dei giudici comuni; senza accontentarsi cioè di esaurire questo profilo “in controluce” della valutazione di quante questioni, e di quale spessore, effettivamente arrivino alla Corte costituzionale, perché è ben intuibile, altrimenti, il rischio di perdere indicatori importanti della percezione che l’operatore giudiziario ha della complessità del quadro, e anche di quanto abbia effettivamente attecchito l’insegnamento della Corte a partire dalle sentenze gemelle. Le questioni attinenti i diritti fondamentali presentano infatti com’è ovvio sfaccettature molteplici, tali da indurre spesso una frammentazione di profili portati all’attenzione del giudice, e non tutti questi profili - sia più in generale per esigenze ‘tecniche’ (le caratteristiche che deve possedere un’ordinanza di rinvio per avere *chances* di un esame nel merito), sia proprio per l’intendimento di specificità e limiti dell’interpretazione convenzionalmente conforme - sono destinati a transitare dal giudizio in via incidentale. Su questa considerazione di fondo si innesta l’importante osservazione⁸⁷ secondo la quale, dopo le sentenze del 2007, il tema ha assunto ben altra visibilità e rilievo rispetto a un pur significativo passato nel quale della Convenzione si iniziava a fare esperienza applicativa⁸⁸; perché il tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme non solo è stato inteso dalla Corte come doveroso, ma è stato caricato della funzione di scongiurare, nel solo caso in cui

⁸⁷ Questo rilievo è di V. SCJARABBA, *L’“interpretazione conforme” tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, 14 maggio 2019.

⁸⁸ B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 1303; A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, 25.

lo sforzo di adeguamento interpretativo abbia successo, l'(altrimenti inevitabile) incidente di costituzionalità. L'interpretazione conforme alla CEDU è divenuta, nell'impianto teorico e operativo più volte ribadito dalla Corte, l'unica alternativa alla questione di costituzionalità. E tuttavia, a fronte di una disposizione interna suscettibile di due interpretazioni, una più vicina alla CEDU ma tale da indurre sospetti di costituzionalità, l'altra invece conforme a Costituzione ma più lontana dal diritto di Strasburgo, cosa dovrebbe fare, davvero, il giudice?

Eccettuata l'ipotesi che la 'lontananza' da Strasburgo si sia già tradotta in una vera e propria sanzione da parte della Corte europea, ché allora torniamo al problema del 'seguito' da dare alle condanne, per il ricorrente vittorioso, e per coloro che versino in situazione analoga pur non avendo adito Strasburgo (*supra*, par. 3)⁸⁹, è da chiedersi se il percorso compiuto negli anni dalla Corte costituzionale, che fin qui si è tentato di evidenziare, abbia contribuito a rispondere ulteriormente, o in modo più soddisfacente, a tale quesito. Non avrei una risposta sicura da dare, ma vengo a formulare un'ipotesi: è vero che la Corte ha specificato che «i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono (...) trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse (...) non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto» (sent. n. 236/2011); ancora, che «in tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione» (sent. n. 49/2015)⁹⁰; e da ultimo (sent. n. 25/2019) che «l'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, orientata alla conformità alla CEDU⁹¹ (...) non implica anche necessariamente l'illegittimità

⁸⁹ Cfr. l'attenta disamina di R.G. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2015, che distingue opportunamente tra violazioni accertate di norme processuali e sostanziali e, nell'ambito di queste ultime, esamina il tema degli *effetti riflessi* delle sentenze della Corte europea sui casi di identica "condizione sostanziale", affrontato come noto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 210/2013 e poi sviluppato dalla Corte di cassazione a sezioni unite penali con riferimento a giudicati già formati, e altresì ripreso recentemente dalla sent. n. 25/2019 (*supra*, par. 5.1. e *infra*, in questo paragrafo) con riferimento al giudicato che «sta per formarsi».

⁹⁰ Cfr. N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in www.diritticomparati.it, fasc. n. 3/2017, 244.

⁹¹ «Le cui prescrizioni e principi – prosegue la sent. n. 25/2019 – appartengono indubbiamente ai vincoli derivanti da obblighi internazionali con impronta costituzionale (quelli con

costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio o di una previsione della CEDU (...). È ricorrente che gli stessi principi o analoghe previsioni si rinvenivano nella Costituzione e nella CEDU, così determinandosi una concorrenza di tutele, che però possono non essere perfettamente simmetriche e sovrapponibili; vi può essere uno scarto di tutele, rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia (...) ⁹². Non c'è però, nel progressivo adeguamento alla CEDU, alcun automatismo, come risulta già dalla giurisprudenza di questa Corte, stante, nell'ordinamento nazionale, il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU».

Quest'ultima affermazione propria della sent. n. 25/2019, che pure si caratterizza per l'inframmezzato richiamo al discusso passaggio della sent. n. 49/2015, è forse – ammesso di poterla depurare dalle esigenze contingenti che la Corte veniva affrontando – quella di maggiore rilievo ai fini della nostra riflessione: non vi sarebbe, per l'appunto, alcun automatismo; ma non è affatto escluso un *plus* di tutela. Sicché il giudice comune, nell'impossibilità di rinvenire con sicurezza una soluzione da privilegiare nell'immediato, dovrebbe anche cautelativamente rivolgersi alla Corte costituzionale; ma quest'ultima, nella logica dell'ampliamento della tutela per il diritto in gioco, e soprattutto in un'ottica maggiormente valorizzatrice dell'apertura al parametro europeo, qui sta il dato da segnalare, una volta operato il bilanciamento con gli altri principi costituzionali da ritenersi coinvolti, potrebbe pur sempre far prevalere (come è già stata capace di far prevalere) l'approccio convenzionale (ciò che accade, in effetti, anche nella sent. n. 25/2019 ⁹³). Se questa lettura cogliesse nel segno, e comunque guardando a ciò che la Corte più di recente *fa* (oltre che a ciò che scrive nelle pronunce) si potrebbero forse ridimensionare i timori di quell'acuta dottrina che, nel pennellare lo scenario “allargato” prefigurato da un'altra commentatissima sentenza rivolta in prima battuta alla Carta dei DFUE (Corte cost. n. 269/2017) – volto a far sì che l'interpretazione conforme alla Carta dei diritti dell'Unione e, perciò pure, alla CEDU, si

«vocazione costituzionale»: sentenza n. 194 del 2018)». Faccio sommamente notare che la “vocazione costituzionale”, nella sentenza da ultimo richiamata, era stata in realtà riferita alla Convenzione OIL, non ratificata dall'Italia e pertanto, a giudizio della Corte nella stessa sent. n. 194/2018, da ritenersi non vincolante.

⁹² Segue un richiamo alla sent. n. 317/2009: «Questa Corte ha già affermato che, quando viene in rilievo un diritto fondamentale, «il rispetto degli obblighi internazionali [...] può e deve [...] costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (...). È quanto si è verificato da ultimo (sentenza n. 120 del 2018) con riferimento al diritto di associazione sindacale, tutelato sia dalla Costituzione (art. 39) che dalla CEDU (art. 11)».

⁹³ Ritene infatti la Corte che nella fattispecie in esame ricorrano i presupposti per *completare*, con riferimento alla norma oggetto delle questioni di costituzionalità, l'adeguamento alla CEDU in concordanza con quello già operato, in via interpretativa, dalle sezioni unite della Corte di cassazione.

orienti all'interpretazione conforme a Costituzione, assoggettando gli esiti dell'una a quelli dell'altra - ne prospettava le possibili ripercussioni a catena, sul piano degli eventuali utilizzi abnormi dello strumento dell'interpretazione conforme⁹⁴. Evidenziandosi, tuttavia e al contempo, il curioso paradosso per cui, in definitiva, l'esigenza pur eventuale di un'apertura alla CEDU... torna utile alla Corte costituzionale, nella prospettiva dell'accentramento: allorché le questioni sono molto complesse, i giudici comuni dovrebbero infatti normalmente rinunciare all'interpretazione conforme (convenzionalmente o costituzionalmente che sia), richiedendo invece l'intervento della Corte costituzionale. Ma così opinando.... siamo tornati sul versante di quest'ultima.

Tenterò dunque adesso di rovesciare la prospettiva, e non potendo sicuramente occuparmi dei numerosi nodi che sono stati sciolti dalla giurisprudenza in questi anni, o che viceversa sono ancora sul tappeto, nell'architettura di diritti fondamentali sia sostanziali che processuali, mi accontenterò di richiamare alcune vicende esemplari, alcune che ho già esplorato per certi versi in questi anni, altre che appaiono comunque ineludibili per la loro attualità, con l'auspicio di fornire un campione comunque significativo del *modus operandi* dei giudici comuni ed eventualmente un *trend* dell'ultimo periodo. Sul versante del diritto penale la richiamata saga de Tommaso, ad esempio, ci restituisce un quadro magmatico, difficile da inquadrare in uno schema preciso, lineare, ma che evidenzia l'essenzialità del ruolo della Cassazione, e anche come la realtà sia più fervida della fantasia: non solo perché (l'ho già accennato) all'efficacia riconosciuta alla pronuncia di Strasburgo si riconnettono diverse strategie, all'interno della Corte di cassazione (interpretazione conforme da parte delle sezioni unite con un'operazione ermeneutica rimarchevole, annotava F. Viganò prima di entrare in Corte⁹⁵, di riduzione teleologica della fattispecie, dopo aver riportato all'essenza, potrei dire, l'insegnamento della Corte costituzionale⁹⁶; incidente di costituzionalità da parte della singola sezione con l'ordinanza Sorresso), ma anche perché tra i giudici di merito c'è chi fa presente di avere "le mani legate": ad esempio il Tribunale di Monza, 15 maggio 2017⁹⁷, che pur individuando alcuni indici sintomatici del carattere

⁹⁴ Alludo qui ad A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 1/2018.

⁹⁵ F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano*, cit., 149-150.

⁹⁶ Cfr. il punto 9 del *Diritto*: «le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono chiamate ad una rilettura del diritto interno che sia *aderente alla CEDU e subordinata al* «prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme (...). Ne consegue che solo una lettura "tassativizzante" e tipizzante della fattispecie può rendere *coerenza costituzionale e convenzionale* alla norma incriminatrice (...)».

⁹⁷ Pubblicata in *Dir. pen. contemp.*, fasc. n. 2/2018, 197 e annotata da S. FINOCCHIARO, *Ancora in tema di ricadute della sentenza De Tommaso. Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità 'qualificata'*.

vincolante della sentenza europea (con ciò prendendo le distanze dai Tribunali di Milano e Palermo, *supra*, par. 5.1), da un lato aveva ritenuto impraticabile la via dell'interpretazione conforme alla Cedu, stante il contenuto delle censure rivolte dai giudici europei direttamente allo *standard* qualitativo delle norme in questione, e dall'altro si trovava impossibilitato a sollevare questione di legittimità costituzionale in quanto il procedimento di prevenzione si era concluso in una data anteriore alla pronuncia della Corte di Strasburgo; d'altronde, non imponendo le sentenze di condanna della Corte EDU la disapplicazione delle norme interne contrastanti con il sistema convenzionale, il Tribunale veniva infine ad applicare alcune misure di prevenzione, ritenute valide e in vigore al momento della decisione, e come tali vincolanti per il giudice ai sensi dell'art. 101 Cost. Evidenziando dunque questo giudice, nel suo ragionamento, un margine per l'intervento della Corte costituzionale (quello che essa poi effettivamente essa si è presa con la sent. n. 25/2019), ma finendo per riportare una prescrizione - della cui conformità agli *standard* convenzionali dubitava fortemente - nel dispositivo del proprio provvedimento.

Un'altra vicenda che restituisce il senso di un travaglio giurisprudenziale non da poco - tra l'altro mettendo ulteriore carne al fuoco, ovvero il peso che possono giocare, in una medesima materia, le norme del diritto UE e gli orientamenti della Corte di giustizia, in un complesso scenario che dunque vede quattro protagonisti - è rappresentata dalle difficoltà di applicazione incontrate dal principio del *ne bis in idem*, sul piano della compatibilità del cumulo di sanzioni amministrative "di natura penale" e di sanzioni penali in senso proprio, alla luce di differenti letture di quello che debba esserne lo *standard*. Qui ancora si è potuto cogliere un particolare attivismo della Corte di cassazione, che all'indomani di un intervento della Corte europea stigmatizzante il nostro Paese (*Grande Stevens c. Italia* del 2014) rimetteva alla Corte costituzionale la questione relativa al sistema del doppio binario sanzionatorio⁹⁸: mancando nel nostro ordinamento la previsione dell'allargamento del divieto di *bis in idem* ai rapporti tra processi, e ricavando dalla pronuncia europea una efficacia esecutiva "indiretta" (obbligo di adeguamento, pur con libertà di scelta delle misure più idonee al riguardo), che non poteva condurre però alla disapplicazione del diritto nazionale, pur antitetico ai principi espressi in *Grande Stevens*, e imponeva piuttosto di sollevare questione di costituzionalità. La vicenda non si è conclusa come noto in un unico atto, sviluppandosi viceversa su più tappe. La Corte costituzionale infatti si è dapprima risolta nel senso dell'inammissibilità (sent. n. 102/2016), tecnicamente per via del carattere dubitativo e perplesso della formulazione della questione anche⁹⁹

⁹⁸ Cfr. Cass. civ., sez. trib., 21 gennaio 2015, n. 950 in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Cassazione civile*, n. 207.

⁹⁹ Le censure della Corte costituzionale invero sono più ampie, riguardando peraltro ulteriore ordinanza pervenuta dalla V sezione penale della stessa Corte di cassazione, affrontata

relativamente alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte europea e i principi del diritto dell'UE, compresa l'eventuale non applicazione della normativa interna; verosimilmente in attesa di ulteriori sviluppi sul fronte della legislazione nazionale nonché di quello della Corte di giustizia¹⁰⁰. La questione è tuttavia tornata all'attenzione ad opera di un giudice di merito (Trib. Monza, 30 giugno 2016), cui la Corte costituzionale ha riconosciuto per un verso di aver colto correttamente il significato della normativa interposta, in forza dell'analisi della giurisprudenza europea disponibile alla data dell'ordinanza di rimessione; ma ha avuto anche buon gioco, per un altro, nel segnalare una mutata giurisprudenza della Corte europea¹⁰¹, che non escludendo più procedimenti misti a fronte della commissione di un fatto illecito, purché uniti da un nesso non solo temporale ma anche materiale¹⁰² sufficientemente stretto, imporrebbe una nuova valutazione della rilevanza della questione; da cui il provvedimento (sent. n. 43/2018) di restituzione degli atti al giudice *a quo*¹⁰³. Rimesso dunque il cerino in mano ai giudici comuni, è intervenuta nuovamente la Corte di cassazione la quale nell'ottobre 2018¹⁰⁴ – riducendo la vicenda all'osso - ha potuto giovarsi all'esito di rinvio pregiudiziale anche di tre più recenti, commentate pronunce della Corte di giustizia¹⁰⁵, inseritesi

congiuntamente; cfr., tra gli altri, L. LIPPOLIS, *Ne bis in idem e illeciti finanziari: un'analisi alla luce di Corte cost. 102/2016 e della nuova disciplina euro unitaria sul Market abuse*, in www.federalismi.it, fasc. n. 15/1016; R. RUDONI, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 2/2016.

¹⁰⁰ Così F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016.

¹⁰¹ *A e B c. Norvergia* del 2016, commentata da G. DE AMICIS, P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del "ne bis in idem"*, in *Cass. pen.*, 2017, 469, pur isolata, ovvero non inserita in alcun flusso giurisprudenziale, come predicava la sent. n. 49/2015; questo dettaglio non è sfuggito ad A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ord. int. e dir. um.*, 2019, 96.

¹⁰² Come chiarito dalla recente *Bjarni Armannsson c. Islanda* dell'aprile 2019, per cui la pena in concreto inflitta deve risultare proporzionata alla gravità dell'illecito compiuto, costituendo requisito necessario al pari del collegamento temporale fra procedimenti, compresa l'acquisizione e valutazione della prova; cfr. A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 maggio 2019.

¹⁰³ In una precedente ipotesi di restituzione degli atti al giudice *a quo* (ord. n. 150/2012, già menzionata alla nota 50) la Corte aveva più prudentemente utilizzato l'espressione "rinnovato esame dei termini delle questioni".

¹⁰⁴ Cfr. *Cass. pen.*, sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, in *Foro it.*, 2019, II, 320, con nota di richiami di G. DE MARZO; *Cass. civ.*, sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564, in www.italgiure.giustizia.it; *Cass. pen.*, sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, in *Giust. pen.*, 2019, III, 1.

¹⁰⁵ Datate 20 marzo 2018, pubblicate in *Dir. pen. contemp.*, fasc. n. 3/2018, 286, e commentate, tra gli altri, da E. BINDI, A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei*

nel filone della notissima sentenza Fransson, e facenti chiarezza sulla possibilità di limitare il *ne bis in idem*, purché le limitazioni siano giustificate e proporzionate; e così la Cassazione ha ritenuto infine di poter fare applicazione del “sistema di principi” espressi da entrambe le Corti europee - per l'appunto valutando il requisito del «sufficiently dose connection in substance and time» predicato dalla Corte EDU, e la non eccessiva severità delle sanzioni inflitte rispetto alla gravità del fatto concretamente verificatosi, indicato dalla Corte del Lussemburgo - non facendo pertanto tornare più il problema in Corte (costituzionale¹⁰⁶) ma valutando direttamente gli elementi controversi (proporzionalità e adeguatezza del cumulo sanzionatorio)¹⁰⁷. Si potrà dire che il “dialogo” ha dato i suoi frutti, anche se agli effetti è stato consegnato dalla Corte di giustizia ai giudici (non solo italiani, ma nazionali in genere) il compito arduo di valutare, in concreto, se esistono elementi di connessione tra il procedimento penale e quello amministrativo¹⁰⁸.

Sul versante poi dei diritti “sensibili”, anch'essi rimessi frequentemente all'attenzione del giudice, sia interno che sovranazionale, per via delle aspettative di tutela che si moltiplicano nel tempo, faccio un cenno alle problematiche connesse alla surrogazione di maternità, che trovano qualche punto di contatto con quelle della procreazione medicalmente assistita (PMA) come pure, anche se spesso a mio avviso con forzature, con quelle dell'adozione. Scelgo questo, tra i diversi fronti critici rimessi al banco di prova giurisprudenziale, sia perché le vicende di questi anni paiono riconducibili al prisma, davvero delicato, dell'identità personale del minore, sulla quale la Corte di Strasburgo è stata capace di fare affermazioni importanti, sia in quanto adatto ad offrire uno spaccato interessante sulla “propensione” dei nostri giudici a misurarsi con i parametri costituzionali, convenzionali, ed offerti da alcuni accordi internazionali che convergono sui diritti e la protezione del minore; con la Corte di cassazione a giocare indubbiamente, ancora una volta, un ruolo di primissimo piano. Con riferimento anzitutto alla gestazione per altri, il fenomeno presenta una straordinaria attualità e varietà di profili, sia in relazione ai soggetti coinvolti in tale

reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile, in www.rivista.AIC.it, fasc. n. 2/2018; A. ROSANÒ, *La migliore offerta, ovvero il principio del “ne bis in idem” tra abusi di mercato, CEDU, diritto dell'Unione europea e diritto interno*, in *Studi integr. europ.*, 2018, 763.

¹⁰⁶ Cfr. R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice “a quo” in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, 861, che mette correttamente in evidenza le diverse conclusioni cui può pervenire il giudice del rinvio.

¹⁰⁷ La vicenda è pedissequamente ricostruita da E. SCOZZARELLA, *La questione del ne bis in idem nella giurisprudenza della CEDU e nella giurisprudenza nazionale di merito, di legittimità e della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2019.

¹⁰⁸ Per questa affermazione E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in www.federalismi.it, fasc. n. 17/2018.

pratica (coppie dello stesso sesso o di sesso diverso, aventi o meno problemi di fertilità, e di conseguenza con un legame genetico o meno, con il minore), sia in relazioni ai provvedimenti richiesti all'autorità amministrativa e/o giudiziaria (trascrizione del certificato di nascita straniero, trascrizione del provvedimento giudiziario straniero che rettifica l'atto di nascita, impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità, formazione dell'atto di nascita in Italia¹⁰⁹) in presenza di espresso divieto ordinamentale della pratica di maternità surrogata. Non potendo dar conto qua di tutte le vicende che stanno animando il dibattito in questi anni, per via di un'evidente eterogeneità di posizioni in materia, mi pare comunque di poter evidenziare alcuni dati salienti: la Corte di cassazione, che si è pronunciata di recente più volte e in modo approfondito, da ultimo anche a sezioni unite¹¹⁰, al contrario della Corte costituzionale che sin qui è riuscita a sfiorare soltanto il problema¹¹¹, appare per un verso sensibile ai parametri sovranazionali e internazionali (tanto che riesce a corroborare una più moderna concezione di 'ordine pubblico internazionale', già emersa nella propria giurisprudenza di legittimità¹¹²), ma nello stesso tempo capace di un'interpretazione "non disallineata" rispetto ai parametri costituzionali e allo stesso punto di vista emerso a Palazzo della Consulta (anche per il tramite delle pronunce, ben più cospicue, in materia di PMA), sì da saper correggere le fughe in avanti dei giudici del merito¹¹³: cosicché per i genitori c.d. d'intenzione (siano aventi sesso diverso, sia facenti parte di una coppia *same sex*) non ci sarà alcuno strumento e spazio legittimo che non sia quello – e per via dell'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami nel frattempo sviluppatasi – dell'adozione in casi particolari (letta, a mio avviso opinabilmente, quale clausola di chiusura del sistema). A ben guardare, tuttavia, l'obiettivo è stato centrato assai facilmente – per il profilo che qui interessa – tenendo conto degli stessi orientamenti della Corte europea, che *fin qui* (ma sul parere reso di recente dalla *Grande Chambre*, in cui sembra affermarsi qualcosa in più, rinvio al par. successivo) hanno distinto nettamente tra i casi in cui almeno uno dei genitori possa vantare un legame genetico o biologico, e per il quale il rapporto

¹⁰⁹ È la questione sollevata dal Tribunale di Pisa che la Corte costituzionale ha recentemente dichiarato inammissibile con la sent. n. 237/2019.

¹¹⁰ Cass. civ., sezioni unite, sent. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia e dir.*, 2019, 653 e in *Foro it.*, 2019, IV, 279, con nota di richiami di G. CASABURI.

¹¹¹ Nella sent. n. 272/2017, infatti la Corte si limita ad un fugace giudizio di valore, o meglio di disvalore, sulla maternità surrogata; nella sent. n. 162/2014, che ha fatto cadere il divieto di fecondazione eterologa, le considerazioni erano rimaste a margine.

¹¹² Una concezione cioè non più *difensiva* ma *promozionale* dell'ordine pubblico: cfr. l'importante passaggio del punto 12.1 del *Diritto*.

¹¹³ Le sezioni unite infatti tornano sulla nota vicenda avviatasi col provvedimento della Corte d'appello di Trento, 23 febbraio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 1034, confermando un proprio indirizzo già emerso in Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Riv. dir. int. prov. proc.*, 2015, 427.

di filiazione non può essere messo in discussione (*Labassee c. Francia e Mennesson c. Francia* del giugno 2014), da quelli in cui invece entrambi siano soltanto genitori di intenzione (*Paradiso e Campanelli c. Italia* del gennaio 2017): anche a Strasburgo sono i genitori d'intenzione a non vedere tradotte le proprie aspirazioni nel riconoscimento di un rapporto di filiazione, perché potranno trovare soltanto una tutela "indiretta" (ovvero ed eventualmente, dipendente dalla ritenuta lesione dell'identità personale del minore). Come dire, riprendendo un'espressione della Corte costituzionale, laddove manchi uno "scarto di tutele" il gioco di squadra¹¹⁴ diventa assai più facile.

Il "prezzo" tuttavia che la Cassazione paga, sull'altare della coerenza, mi pare duplice: nel merito, quello di implicitamente distinguere tra coppie di uomini (nelle quali, per forza di cose, uno dei *partners* sarà solo genitore d'intenzione; ed è il caso affrontato dalle sezioni unite) e coppie di donne (e tra quelle ultime, eventualmente, tra quelle che in virtù del proprio stato di salute possano contribuire o meno alla procreazione e/o alla gestazione), perché nel secondo caso essa era già giunta¹¹⁵ a riconoscere lo *status* stabilito all'estero di una madre genetica-non gestante, *partner* affettiva della gestante, imponendo la trascrizione nei registri comunali dello stato civile di un atto di nascita in un Paese straniero di un bambino indicato come figlio di due donne, escludendo appunto che in questo caso il riconoscimento contrastasse con l'ordine pubblico e riconoscendo viceversa, in definitiva, un progetto di "bigenitorialità materna". Riprendendo proprio tale precedente, al fine di dimostrare la differenza tra le fattispecie che venivano in considerazione, ed enfatizzando il fatto che nel caso affrontato nel 2016 si era passati attraverso una pratica di fecondazione assistita (per certi versi assimilata all'eterologa, per altri all'omologa), le sezioni unite – e qui si torna a quanto più interessa, cioè al rapporto con la giurisprudenza costituzionale – rischiano di scavare un solco con quest'ultima, che certo non può dirsi propriamente all'avanguardia, nel riconoscimento dei diritti delle coppie *same sex*, e che proprio molto di recente ha ritenuto (sent. n. 221/2019) non illegittimo il divieto per queste coppie, chiaramente contenuto nella legge n. 40/2004, di accedere alle tecniche di procreazione *in vitro*; incentivando paradossalmente (per le coppie composte da donne) –

¹¹⁴ E qui ricomprienderei i giudici del merito, che stanno facendo emergere un orientamento favorevole, perché ritenuta non contraria all'ordine pubblico, alla trascrizione nei registri di stato civile dell'atto di nascita straniero che indica un bambino come figlio di due donne (es. Corte d'appello di Perugia, 22 agosto 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 3700).

¹¹⁵ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 813, molto commentata in dottrina (tra gli altri. G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*, in *Foro it.*, 2016, I, 3349; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 169), ampiamente ripresa e riconfermata nell'iter argomentativo dalle sezioni unite nel 2019.

questa è un'ulteriore conseguenza a cascata - quel turismo procreativo che la Corte costituzionale ha ritenuto viceversa di dover arginare, facendo cadere il divieto di eterologa per le sole coppie eterosessuali (con un accenno al problema del diritto all'identità genetica del minore non sviluppato però in modo perspicuo). In un ambito nel quale, invero, la giurisprudenza europea è più sfumata, avendo valorizzato più volte il margine di apprezzamento degli Stati, e dunque non può essere facilmente invocata per un *plus*, almeno potenziale, di tutela, la partita si gioca tutta tra le due nostre Corti nazionali¹¹⁶.

Un ultimo aspetto dell'identità personale del minore sul quale la Corte di cassazione si è espressa con pronunciamenti di rilievo, nella cornice di una importante giurisprudenza della Corte europea è quello connesso alla ricerca delle origini da parte dell'adottato; qui, a seguito del noto caso *Godelli c. Italia* del 2012, la 'sequenza sulla scena' tra le nostre due Corti si è rovesciata [prima è intervenuta la Corte costituzionale con la sent. n. 278/2013, su richiesta di un giudice del merito (Tribunale per i minorenni di Catanzaro), poi la Corte di cassazione (con due pronunce della sezione I nel 2016, e a sezioni unite nel 2017)]; per quanto qui interessa si potrebbe dire che, mentre il Giudice delle leggi non ha voluto enfatizzare Strasburgo (per la lettura che ne do io, *supra*, par. 4), la stessa Corte di cassazione ha svalutato in prima battuta la pronuncia della Corte europea¹¹⁷, e solo alla seconda e terza occasione ha cercato di confrontarsi anche con essa con atteggiamento costruttivo, alla ricerca (si potrebbe dire) di un'interpretazione conforme alla giurisprudenza di entrambe; se ciò suggerisce, in superficie, una rassicurante attenzione da parte della Suprema Corte all'epilogo "interno", è anche da dire che, inizialmente, la messa a tema del principio somministrato dalla Corte costituzionale nel 2013 non è risultata certo ottimale: la Corte di cassazione non ha difatti spiegato - né la sentenza additiva della Corte costituzionale poteva aiutare in questa direzione, essendo riferita alla (diversa) ipotesi di madre ancora vivente, delle cui scelte ha favorito la rivedibilità, per il tramite di un procedimento di interpello - perché il diritto all'anonimato della madre nel frattempo deceduta (al cospetto della quale qualsiasi meccanismo di contatto è ovviamente improponibile) dovesse automaticamente recedere al

¹¹⁶ Non che la Corte europea non si sia espressa in materia di PMA, sia con riferimento alle coppie eterosessuali, sia con riferimento alle coppie omosessuali, come le vicende culminate talvolta di fronte agli stessi giudici costituzionali italiani dimostrano (sentt. nn. 162/2014, 96/2015, 84/2016). Ma si tratta di una giurisprudenza che bisogna saper filtrare, per non ricavarne il risultato opposto di un *minus* di tutela: v. Trib. Salerno, ord. 10 luglio 2012, in *Giur. cost.*, 2013, 1196, annotata da F. ANGELINI, *Nell'ipotesi di contrasto fra disciplina statale e CEDU il Tribunale di Salerno fa la cosa giusta, ma lungo il cammino abbandona i parametri costituzionali interni*.

¹¹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. I, sez. I, 21 luglio 2016, n. 15024, in *Foro it.*, 2016, I, 3114, sulla quale mi permetto di rinviare a E. MALFATTI, *Una pronuncia della Corte di cassazione in tema di accesso alle origini dell'adottato (disciplina ancora in cerca d'Autore)*, in www.dirittifondamentali.it, fasc. n. 2/2016.

cospetto delle esigenze del figlio a conoscere le proprie origini; mentre il ragionamento svolto a Strasburgo avrebbe potuto suggerire qualche elemento in più, per una adeguata considerazione di tutti gli interessi implicati¹¹⁸, ciò che poi la Suprema Corte ha in effetti realizzato, con le successive pronunce¹¹⁹. Si vuol dire, in altri termini, che pure un eccessivo risalto alle pronunce del Giudice delle leggi potrebbe risultare controproducente, allorché la messa a fuoco dei nodi problematici sia risultata più nitida con le lenti del Giudice sovranazionale¹²⁰.

7. La richiesta di parere consultivo ai sensi del Protocollo 16: canale effettivo di comunicazione tra giudici o “dono avvelenato” per la Corte di Strasburgo? (cenni)

Nel contesto delle riflessioni dedicate alle ‘abilità’, alle capacità, più o meno da riconoscersi, dei giudici tutti di valorizzare la CEDU e il ‘suo’ diritto giurisprudenziale, un cenno si deve infine alle possibili applicazioni del Protocollo addizionale 16, che come noto consentirà (già consente ai Paesi che lo hanno ratificato) di acquisire l’*opinion* della Corte all’esito di rinvio “convenzionale” da parte di una delle “più alte giurisdizioni nazionali” che decida di sospendere un procedimento dinanzi ad essa pendente e chiedere alla Grande Camera un parere consultivo sull’interpretazione o sull’applicazione di una norma convenzionale¹²¹. Un primo elemento che sottolineerei è il “cambio di passo” della Corte costituzionale che si percepisce nel corso degli anni, confrontando, ad esempio, il laconico comunicato che la stessa Corte faceva pubblicare dal proprio Ufficio Stampa nell’ottobre 2007, pochi giorni prima delle sentenze gemelle¹²², l’approccio “possibilista” che

¹¹⁸ Derivando il diritto a conoscere la propria ascendenza dal diritto all’identità, e costituendo a sua volta quest’ultimo parte integrante della nozione di vita privata; ciò che è stato considerato nel ragionamento di Cass. civ., sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838, in *Foro it.*, 2016, I, 3784, e poi nell’intervento delle sezioni unite, 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, 477.

¹¹⁹ Sulla vicenda, che ha dato vita a una vivace prassi procedimentale non codificata, e sull’intervento in particolare delle sezioni unite, cfr. G. BATTAGLIA, *Il seguito giudiziario della sentenza n. 278/2013 e gli effetti politici “involontari” di alcune pronunce della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, 2017, 447.

¹²⁰ Un peso preponderante al ragionamento della Corte europea è stato dato recentemente da Trib. minorenni Genova, 23 maggio 2019, in www.dirittifondamentali.it, 13 settembre 2019.

¹²¹ Cfr., per un inquadramento, i contributi raccolti in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Milano, 2015.

¹²² Lo scarno comunicato del 10 ottobre 2007, in www.cortecostituzionale.it, sottolinea l’importanza che la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale attribuiscono a uno scambio di informazioni e a contatti periodici.

emerge dalla relazione del Vice Presidente *pro tempore* F. Gallo in margine a un incontro svoltosi a Bruxelles nel 2012 con le delegazioni delle due Corti europee¹²³ e il più enfatico comunicato del gennaio 2019 il quale, all'esito di un incontro che ha coinvolto i «vertici» delle supreme magistrature italiane, sottolinea addirittura l'urgenza dell'approvazione, da parte del Parlamento italiano, del disegno di legge di ratifica e di attuazione del "Protocollo 16"¹²⁴, che consentirebbe un effettivo dialogo con la Corte di Strasburgo attraverso la richiesta di pareri sulle questioni oggetto di giudizio nelle Corti italiane¹²⁵.

Cosa c'è dietro questo esplicito "caldeggiare" l'entrata in vigore del Protocollo 16 da parte della nostra Corte costituzionale, dopo aver organizzato un confronto allargato proprio sul tema del «dialogo» tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane? È da chiedersi se davvero il nuovo strumento di rinvio – considerate le sue specifiche caratteristiche almeno per come disegnate sulla carta¹²⁶, non certo coincidenti, tra l'altro, con il rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo - faciliterebbe la comunicazione e uno scambio proficuo tra le diverse sedi¹²⁷; oppure se, tutt'al contrario - soprattutto per la sua collocazione temporale, rispetto alla definizione delle controverse, ma anche per l'esclusione (almeno in astratto¹²⁸) dell'apprezzamento

¹²³ Scrive il Vice Presidente F. Gallo che «il confronto aperto tra giurisprudenze (...) potrebbe divenire più serrato se e quando sarà data esecuzione al punto 12, lett. d) della Dichiarazione di Brighton (richiamata *infra*, nel testo) che auspica l'introduzione di un protocollo addizionale per dotare la Corte del potere di inviare «advisory opinions» sull'interpretazione della Convenzione, su richiesta dello Stato membro» (cfr. ancora una volta www.cortecostituzionale.it).

¹²⁴ L'articolato in questione, a quanto consta, è attualmente fermo all'esame delle commissioni riunite II Giustizia e III Affari esteri della Camera dei deputati; si segnala il testo dell'audizione resa il 12 febbraio 2019 innanzi alle commissioni da G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in www.federalismi.it, fasc. n. 5/2019.

¹²⁵ Si sottolinea la necessità che le Corti europee - in una fase storica di debolezza, in alcuni Paesi, dei diritti fondamentali - dialoghino tra loro per la piena tutela di questi diritti, anche assicurando l'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze (cfr. www.cortecostituzionale.it, comunicato stampa dell'11 gennaio 2019); e il rinvio "convenzionale" servirebbe esattamente a tale scopo.

¹²⁶ Definisce lo strumento come «analogo al rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 TFUE, ma certamente innovativo e, in certa misura, atipico per le relazioni tra giudici nazionali e Corte europea», F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea*, cit., 15.

¹²⁷ Ritiene che potrebbe derivare ulteriore complicazione nel circuito giudiziario dall'introduzione di questo strumento istituzionalizzato di dialogo, divenendo effettivamente operativo, ché aprirebbe a un raffronto diretto tra giudici nazionali e Corte EDU, I. RIVERA, *L'Europa dei giudici e dei diritti. Questioni di metodo dialogico*, in www.federalismi.it, fasc. n. 19/2014, 23.

¹²⁸ In base a quanto specificato dal Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 (https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ITA.pdf) anche la disciplina della procedura sembra implicare un rapporto di necessità tra la questione sottoposta alla

di questioni di fatto (che comunque suona un po' strana, considerando che le richieste dovranno partire "nel corso di un giudizio"¹²⁹), potendo vertere solo su questioni di principio - non rischi di snaturare del tutto le caratteristiche storicamente acquisite dalla Corte europea, nel suo giudizio, e anche complicarle non poco il lavoro (in questa sede, e come complessivamente inteso), chiedendosi d'un tratto (almeno in certi frangenti) di cambiar mestiere: l'espressione del parere venendo *a priori*, rispetto alla composizione delle singole vicende contenziose, e non potendo la Corte beneficiare appieno di una valutazione delle circostanze del caso concreto (che inestricabilmente, invece, si lega all'esigenza di leggere la CEDU nei suoi attuali significati, nel giudizio su ricorso diretto individuale e interstatale). Certo, gli auspici potrebbero essere ben diversi, ovvero - superate eventualmente le difficoltà di breve termine - di uno strumento capace di deflazionare efficacemente il contenzioso, ponendo le premesse di una piena tutela dei diritti convenzionali già a livello interno¹³⁰, e rendendo quindi in un certo senso "superfluo" il ricorso a Strasburgo, senza peraltro intaccare in via di principio il diritto di adire la Corte europea, bensì istituzionalizzando una forma, pur complessa, di comunicazione tra giudici nazionali e sovranazionale¹³¹.

Una risposta più precisa richiederebbe [tacendo qui della possibile incidenza del Protocollo 16 sulle competenze della (e sulle relazioni con la) Corte di giustizia¹³²] un ripensamento approfondito di quanto si è detto e scritto fin'oggi per porre le coordinate delle relazioni tra diversi livelli giurisdizionali, come pure un bilancio disincantato dell'esperienza pluridecen-

Corte di Strasburgo e la soluzione della controversia pendente; cfr. M. MARCHINI, *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in www.eurojus.it, 13 novembre 2014.

¹²⁹ E infatti, alla prima occasione utile, la Corte europea ha precisato che il nuovo meccanismo procedurale mira a fornire all'autorità richiedente indicazioni sulle questioni di rilevanza convenzionale ai fini della definizione della fattispecie: cfr. il par. 25 del parere reso dalla Grande Camera il 10 aprile 2019 (www.federalismi.it, focus *Human rights*, 4 ottobre 2019).

¹³⁰ Precisa il summenzionato Rapporto esplicativo che i pareri consultivi, sebbene non vincolanti, integrano la giurisprudenza della Corte, al pari delle sentenze e delle decisioni rese dalla medesima, producendo effetti analoghi ai fini dell'interpretazione delle norme convenzionali.

¹³¹ Le avvisaglie di tale complessità si scorgono già ipotizzando un ricorso individuale diretto che, partendo ad esempio dall'Italia, a seguito dell'intervento delle sezioni unite menzionato *supra*, nota 110, in materia di surrogazione di maternità, obblighino la Corte EDU a intervenire una volta reso già il parere preventivo sollecitato dalla Corte di cassazione francese (*infra*, nota 133).

¹³² I. ARNO, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le Corti?*, in www.eurojus.it, 24 aprile 2018, ricorda opportunamente che le censure del noto parere 2/13 della Corte di giustizia, rispetto al progetto di accordo di adesione dell'UE alla CEDU, passavano anche attraverso il Protocollo 16, per la mancanza di previsioni di raccordo con lo strumento del rinvio pregiudiziale.

nale della Corte, ed ancora una valutazione obiettiva delle applicazioni del nuovo meccanismo consultivo che, come si sa, sono appena agli inizi¹³³; ma non nascondo una mia qualche perplessità rispetto a un istituto che potrebbe revocare in dubbio equilibri, come si è visto, faticosamente messi in piedi e sicuramente non raggiunti una volta per sempre, ma comunque non disprezzabili¹³⁴. In questo senso, si ricorderà come dopo la Conferenza di Brighton del 2012, che pure ha elaborato l'idea della nuova competenza consultiva della Corte europea¹³⁵ nell'ambito delle riflessioni più ampiamente tese ad individuare soluzioni per la sopravvivenza a lungo termine del sistema di garanzie convenzionali, che in quel frangente sembrava vicino ad una vera e propria paralisi a causa del preoccupante sovraccarico di ricorsi a Strasburgo (aspetto che oggi dovrebbe essere quantomeno rivalutato), fosse trapelata una qualche freddezza da parte degli stessi Giudici di Strasburgo, in proposito, di fronte a una prospettiva per così dire etero imposta¹³⁶, e che potrebbe sembrare come un "dono avvelenato" per quella Corte¹³⁷. Certo è che, come si è fatto opportunamente notare, l'istituto appare una "scatola vuota", suscettibile in concreto di essere riempita di diversi possibili contenuti, e potendo di conseguenza assumere significati anche assai diversi (a seconda pure della circostanza che prevalga una fiducia o invece una sostanziale diffidenza) da quelli che sembrerebbero discendere la testo del Protocollo¹³⁸. Segnali in quest'ultima direzione, si potrebbero forse scorgere dalla struttura e da alcuni contenuti del primo parere reso nell'aprile 2019, che per certi versi sembra rivolto non all'interrogante bensì al legislatore, anzi ai legislatori europei¹³⁹.

¹³³ Sul primo parere preventivo reso dalla Corte europea cfr. O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2/2019; E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad. cost.*, 2019, 709]; ad esso si è da ultimo conformata la Cour de Cassation, sent. 4 ottobre 2019, Assemblée plénière, 10-19.053, in www.dirittifondamentali.it, 9 ottobre 2019.

¹³⁴ Cfr. anche E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2018, 719.

¹³⁵ Cfr. il punto 12, lett. d), della Dichiarazione di Brighton (https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ITA.pdf), come si è visto richiamato anche dal Vice Presidente F. Gallo.

¹³⁶ Sulle origini di tali riflessioni cfr. R.G. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta on line*, 2014.

¹³⁷ Cfr. tuttavia G. RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le corti costituzionali e supreme europee*, in www.forumcostituzionale.it, 24 marzo 2018.

¹³⁸ Per queste osservazioni R. ROMBOLI, *L'entrata in vigore del Protocollo XVI alla Cedu, l'ordine di intervento degli attori del dialogo e l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte Edu*, in R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea*, cit., 358-359.

¹³⁹ In ordine ad esempio al ridotto margine di apprezzamento degli Stati, essendo in gioco

8. Per (non) concludere

Non una conclusione ma qualche breve considerazione di sintesi, e un interrogativo. La Corte costituzionale pare aver lavorato negli anni per mantenere al proprio giudizio la caratteristica dell'accentramento, che in relazione alla CEDU significa in effetti poter pronunciare l'ultima parola, e dunque porre fine a un dilemma che attraversa la giurisprudenza interna anche alla luce di quella sovranazionale con una dichiarazione di incostituzionalità; un accentramento, potremmo dire tuttavia, 'ammorbidito' dal ruolo riconosciuto progressivamente, anche nei fatti, alla Corte di Strasburgo e ai giudici comuni di leggere e portare a compimento tutto lo spettro parametrico della Convenzione; vale a dire, c'è un'ultima parola sì da spendere, ma non si pretende (né si potrebbe realisticamente pretendere) di averla sempre. Non trapela dalla giurisprudenza della Corte costituzionale una sfiducia nella capacità degli altri "poli" della giurisdizione di contribuire, anche a prescindere dall'incidente di costituzionalità, alla promozione della tutela dei diritti fondamentali; talvolta forse essa mantiene qualche punta di reticenza. Variegato è d'altronde il quadro delle scelte dei giudici comuni, si è detto, ma se per un verso essi si mostrano "confidenti" con la Corte di Strasburgo, per un altro non sembrano manifestare tratti di eterodossia marcati, rispetto agli insegnamenti che sono venuti stratificandosi da Piazza del Quirinale; la capacità di stare sul crinale tra interpretazione convenzionalmente conforme e questione di legittimità costituzionale sembra sufficientemente sviluppata e le questioni importanti, tutto sommato, arrivano al Palazzo (del resto, si tratta di attori giurisdizionali che non hanno nulla da temere, rimanendo pur sempre in prima linea, rispetto alla tutela dei diritti, e svolgendo a conti fatti un mestiere non dissimile, o non così distante, da quello della Corte di Strasburgo). Certo, di una Cassazione capace di dar nitore a tanti problemi, quelli più sfaccettati e gravidi di implicazioni, "guidando" con autorevolezza gli sviluppi della giurisprudenza, e instradando quando occorre i dubbi alla Consulta, emerge tutta l'utilità, in quest'ambito.

Se, pur rarefatto, tale può riconoscersi l'orizzonte odierno, l'interrogativo che pongo è il seguente. *Chi potrebbe avere ancora paura, oggi, della Corte EDU?* La Corte costituzionale per parecchio tempo ha ingenerato la sensazione, con varie pronunce, di far fatica a stare nella "rete" (uso il termine per il suo carattere evocativo, pur avvertendone anche un significato vagamente

un aspetto importante dell'identità del minore, come pure alla necessità di dare effettività al legame tra il minore e la madre intenzionale, come ancora all'esigenza di risolvere lo stato di incertezza in cui si trova il minore nel più breve tempo possibile; la Corte di cassazione francese, rilevando l'impossibilità di ricorrere alla definizione di un rapporto di filiazione attraverso l'istituto dell'adozione, in ragione dei tempi eccessivamente lunghi della procedura, ha in effetti ordinato (*supra*, nota 133) la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelle formato all'estero: l'unica via che, a suo avviso, non dia luogo a lesioni dell'art. 8 CEDU.

retorico) dei Giudici europei, assumendo piuttosto a più riprese le sembianze del *guardiano* della Costituzione nazionale; se sul versante del diritto dell'UE ciò era reso particolarmente evidente dalla riluttanza ad accedere allo strumento del rinvio pregiudiziale, una volta superato quello scoglio nel frangente 2008-2013, la difficoltà ad accogliere fino in fondo il principio del primato del diritto eurounitario è stata comunque appalesata da vicende come la Tarricco, scandagliata sotto ogni profilo dagli studiosi e ripresa nella relazione di I. Massa Pinto. E però, le relazioni “da lontano” con la Corte di Strasburgo non dovrebbero evocare le medesime difficoltà, in virtù di un ruolo assai differente da riconoscere ai Giudici di Strasburgo; sembrano paradossalmente rendersene conto meglio i giudici comuni, compresa la stessa Corte di cassazione, nella misura in cui sono stati capaci - prima o poi - pur con qualche stravaganza, di valorizzare appieno i percorsi argomentativi della Corte europea, che mette sempre al centro l'ordinamento statale sul quale il ricorso diretto individuale ha acceso i riflettori, e la capacità di tutti i suoi operatori di innestarvi la *cifra primigenia dei diritti contemplati dalla Convenzione*¹⁴⁰.

Dunque l'obiettivo complessivamente sotteso al lavoro della Corte europea dei diritti dell'uomo non è - o non dovrebbe riconoscersi quale - quello di progressivamente superare le realtà nazionali, integrandole in un nuovo ordinamento sovranazionale (*supra*, par. 4, in fondo), ma piuttosto di valorizzarle, a partire dalle rispettive Costituzioni e culture civili e giuridiche (elementi di cui un Paese come il nostro può senz'altro avvantaggiarsi), come dirette protagoniste della Convenzione; la quale, se introiettata, fa sì che - in fondo - di ricorrere a Strasburgo non ci sia alcun bisogno, soddisfacente risultando l'emergere di una relativa omogeneità di intendimento del sistema delle garanzie sia sostanziali che procedurali dei diritti fondamentali (tra l'altro in assenza, per definizione, di misure sovranazionali per la loro attuazione) per il “governo” delle peculiari esigenze interne, per un verso, e per una pacifica coesistenza in Europa, per l'altro¹⁴¹. Tutto questo a differenza della

¹⁴⁰ L'espressione è di C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: “affinità elettive” o “relazioni pericolose”?*, in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007*, cit., 78.

¹⁴¹ Che il sistema Strasburgo esprima la convinzione (e tenda concretamente ad affermare) che i diritti umani trovano normalmente adeguata tutela a livello nazionale, negli Stati membri del Consiglio d'Europa, e che vi sia fiducia, ma soprattutto la pretesa, che i primi tutori dei diritti umani, contro ogni violazione commessa nel territorio della Grande Europa, siano i giudici nazionali, è stato affermato chiaramente da V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, in P. BILANCIA, G. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 101; eloquente era stato già G. BATTAGLINI, *Il giudice interno “primo” organo di garanzia della Convenzione europea dei diritti umani*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 189.

Corte del Lussemburgo che deve tendere – per la sua stessa *mission* - a una sempre più stretta integrazione, che non si afferma e si esaurisce tra l'altro in quella sede, nella tessitura delle maglie essenziali del rinvio pregiudiziale (per lo più) di interpretazione, ma ovviamente si completa nel circuito delle istituzioni che, con svariati strumenti, operano in sede eurounitaria. Anche in virtù di tale consapevolezza e in questa ampia prospettiva, se la Corte costituzionale sarà capace di confermare il suo ultimo corso al cospetto di Strasburgo, potrebbe forse guadagnare a pieno merito - senza stravolgere affatto il suo giudizio 'accentrato' - una nuova "frontiera", un più pregnante ruolo di istituzione «di confine», istituzione della quale – lo si era predetto con lungimiranza – ci sarebbe gran bisogno¹⁴².

¹⁴² Cfr. V. ONIDA, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione «di confine» fra diritto nazionale e sovranazionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea*, cit., 533, che nel contesto del fenomeno della "internazionalizzazione del diritto pubblico" sottolineava come sarebbe paradossale che la Corte costituzionale italiana dovesse risultare uno degli ultimi giudici rigorosamente nazionali, e quindi dovesse risultare più periferica rispetto allo sviluppo di tale processo; che la nostra giurisprudenza costituzionale dovesse misurarsi in modo sempre più ravvicinato e sistematico con le altre giurisprudenze costituzionali e con quella della Corte di Strasburgo ragionava già lo stesso Autore in *La tutela dei diritti fondamentali in Italia nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Atti della giornata di studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 25 giugno 2001, Padova, 2002, 45.

PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ VISTE ALLA LUCE DEI RAPPORTI TRA ORDINAMENTI

di Marsid Laze*

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 269/2017: precisazioni della Corte costituzionale circa i rapporti tra questioni pregiudiziali, costituzionale ed europea, in caso di doppia pregiudizialità. – 2. I ritocchi apportati con la giurisprudenza successiva. – 3. I problematici rapporti tra ordinamenti e, in particolare, tra quello dell'UE e quelli degli Stati membri. – 4. Il percorso di integrazione europea tra dottrina Granital e la recente giurisprudenza costituzionale: la priorità logico-giuridica del giudizio di costituzionalità rispetto a quello relativo alla conformità al diritto dell'UE. – 5. Cenni conclusivi: la costruzione dell'ordine europeo.

1. La sentenza n. 269/2017: precisazioni della Corte costituzionale circa i rapporti tra questioni pregiudiziali, costituzionale ed europea, in caso di doppia pregiudizialità.

Con l'ormai famoso *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 la Corte costituzionale ha compiuto un significativo tentativo volto a ridisegnare, nei casi di doppia pregiudizialità, i rapporti tra la Corte stessa, i giudici comuni e la Corte di Giustizia¹, affermando che *“laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE”*².

È opportuno precisare meglio l'ambito di applicazione e la portata del principio enunciato con la predetta sentenza³. In primo luogo, considerato

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e Diritto pubblico generale, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici.

¹ In questo senso anche C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 2.

² Corte cost. n. 269/2017, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

³ La quale ha suscitato un profluvio di reazioni, per lo più critiche, in dottrina. Cfr. in tal senso A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, 3/2017, 243, il quale si chiede “se l'ottimale salvaguardia dei diritti di volta in volta

che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) presenta un "contenuto di impronta tipicamente costituzionale" poiché essa tutela diritti che intersecano quelli garantiti dalla Costituzione italiana e a volte "si sovrappongono ad essi fino a riassorbirne ogni contenuto precettivo, sono assai frequenti le ipotesi in cui la compressione di diritti è riconducibile alla violazione di norme costituzionali e, ad un tempo, della CDFUE"⁴. Situazioni di questo tipo, in cui vengono in rilievo "violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes [...] anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale"⁵.

Chiarisce poi il Giudice delle leggi che in tali circostanze, ovvero, quando vengono in gioco violazioni dei diritti della persona, si "giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali"⁶.

La Corte si è preoccupata di evidenziare che questo meccanismo non è confliggente con il diritto dell'Unione il quale "non osta al carattere priori-

in gioco richieda, per logica ed ineluttabile necessità, la messa da canto delle tecniche decisorie usualmente adottate per la risoluzione delle antinomie"; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 31 gennaio 2018, 6, secondo la quale, "una limitazione del potere/dovere dei giudici nazionali di rinviare alla CGUE per chiedere lumi sull'interpretazione e sulla portata della Carta si porrebbe in diretto contrasto con la sentenza Simmenthal e con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE"; R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in www.forumcostituzionale.it, 27 dicembre 2017; G. BRONZINI, *La Corte costituzionale mette sotto tutela i Giudici ordinari nell'applicazione diretta dei diritti della Carta di Nizza. Le linee di tensione con l'orientamento della Corte di giustizia*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 2/2018; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019, spec. 258 ss. Non sono mancate, tuttavia, delle reazioni positive nei confronti della sentenza 269/2017. V. in questo senso A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in www.forumcostituzionale.it, 18 dicembre 2017; 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.forumcostituzionale.it, 28 febbraio 2018; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019; I. MASSA PINTO, *Il giudizio di incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio (Appunti provvisori per una relazione)*, in www.gruppodipisa.it, ottobre 2019.

⁴ Così G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018, 3.

⁵ Corte cost. n. 269/2017, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

⁶ *Ibidem*.

tario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione»⁷.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte nella sentenza in commento porta inevitabilmente a concludere che quando si prefigura un conflitto tra una norma di legge sia con la Costituzione sia con la CDFUE – relativo a fattispecie in cui i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana – il giudice *a quo* deve sollevare la questione di legittimità costituzionale e può, eventualmente, effettuare il rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Riassumendo, alla luce dei principi formulati nella sentenza n. 269 del 2017, nei casi in cui il giudice comune abbia il sospetto che una norma interna violi diritti della persona garantiti sia dalla Costituzione sia dalla CDFUE deve prioritariamente sollevare la questione di legittimità costituzionale e poi, una volta superato il vaglio di costituzionalità, ove il giudice la ritenga contrastante per altri profili al diritto dell'UE, rinviare alla CGUE ai sensi dell'art. 267 TUE. Una volta sollevata la questione di costituzionalità, la Corte giudicherà sia alla luce dei parametri interni che, eventualmente, di quelli europei secondo l'ordine di volta in volta ritenuto più opportuno, ma la formulazione lascia intendere che si dovrebbe procedere riservando la priorità ai parametri interni.

2. I ritocchi apportati con la giurisprudenza successiva.

Con alcune pronunce del 2019⁸ la Corte è ritornata sulle questioni trattate nella sentenza 269, confermandola per alcuni aspetti e ritornando sui suoi passi sotto altri profili. In particolare, nella sentenza n. 20 del 2019 la Corte ha effettuato un passo indietro in relazione alla priorità della questione di legittimità costituzionale, evidenziando tuttavia che va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes*. Ma così facendo, ha rimosso l'obbligo che sembrava aver stabilito con la sentenza n. 269 – ossia di ricorrere prima alla Corte costituzionale – lasciando alla discrezionalità del giudice comune la scelta circa l'ordine secondo cui interpellare le due Corti⁹.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Si tratta delle sentenze nn. 20, 63 e 112 del 2019 e dell'ordinanza n. 117 del medesimo anno.

⁹ Cfr. in questo senso F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo*

Un altro punto sul quale la Corte ha corretto il tiro è la scomparsa, a partire dalla sentenza n. 20 del 2019, della formula “per altri profili”, il che fa pensare che sia rimessa alla libera valutazione dei giudici comuni la opportunità di effettuare il rinvio pregiudiziale per ogni profilo¹⁰.

La medesima impostazione è stata poi ribadita nella sentenza n. 63 del 2019 in cui si afferma che alla Corte costituzionale “*non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta*”. Successivamente, la Corte ha avvallato la scelta del giudice *a quo* di sollevare questione di costituzionalità sia nella sentenza n. 112¹¹ sia, infine, nell'ordinanza n. 117¹².

Al netto di questi accorgimenti successivi, i punti problematici principali sollevati con l'indirizzo inaugurato con la sentenza n. 269 del 2017 restano i seguenti: i) se il giudice comune, in caso di doppia pregiudizialità, sia sottoposto o meno all'obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale; ii) l'ordine secondo il quale quest'ultimo deve adire le due Corti competenti.

Nel prosieguo della trattazione si cercherà di argomentare come ogni volta che il giudice comune abbia un dubbio circa un potenziale contrasto tra una norma di legge, sia con riferimento alla Costituzione sia con riferimento alla CDFUE, si trovi di fronte a un vero e proprio obbligo di promuovere l'incidente di costituzionalità e debba farlo prima del rinvio pregiudiziale alla

dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2019, 95.

¹⁰ *Ivi*, p. 99. Per le diverse letture della formula “per altri profili” v. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 232 e R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino di una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 1/2018, 28-30.

¹¹ Affermando che “Pur in assenza di una specifica eccezione sul punto, va infine affermata – in conformità ai principi espressi nelle sentenze n. 269 del 2017, n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019 – l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate con riferimento agli artt. 17 e 49 CDFUE, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.: questioni che questa Corte ha il compito di vagliare, essendo stata a ciò sollecitata dal giudice *a quo*”

¹² In cui ricorda che “Con riferimento in particolare alle norme della CDFUE, questa Corte ha recentemente affermato la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta che il giudice rimettente ritenga di sottoporle”.

CGUE e, comunque, prima di procedere alla non applicazione della norma della cui legittimità si dubita. A tal fine, si ritiene necessario analizzare prima lo stato attuale dei rapporti intercorrenti tra ordinamento italiano e ordinamento dell'UE, poiché sono questi che determinano il rapporto tra norme e tra organi giurisdizionali dei due ordinamenti – quindi, in ultima analisi, i criteri per la risoluzione delle antinomie – e non viceversa, e poi le implicazioni di tali rapporti sull'ordine delle pregiudiziali.

3. I problematici rapporti tra ordinamenti e, in particolare, tra quello dell'UE e quelli degli Stati membri.

Che i rapporti tra ordinamenti giuridici, collegati sotto uno o più profili, siano estremamente complessi, lo aveva magistralmente chiarito Santi Romano un secolo fa con la sua opera più nota¹³. La prima e la più seria difficoltà sta proprio nello stabilire che cosa sia un ordinamento giuridico. Tuttavia, non è questa la sede per approfondire questo punto, anche in considerazione del fatto che nessuno dubita che sia quello dell'Unione europea che quelli degli Stati membri siano degli ordinamenti giuridici. È opportuno allora cercare di capire come questi ordinamenti si pongano l'uno nei confronti degli altri e, in particolare, come l'ordinamento dell'UE si ponga con quello dello Stato italiano.

Come noto, la grande dicotomia, tra le principali teorie che si contrappongono, è quella tra la concezione che vede un unico ordinamento composito¹⁴ – con l'ordinamento dell'Unione che in quella prospettiva assorbirebbe

¹³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* [1918], Firenze, 1945, 2 ed., 112 e ss.

¹⁴ Cfr., in generale, sulla nozione di costituzione composita, L. F. M. BESSELINK, *A Composite European Constitution*, Groningen, 2007. La dottrina che riconosce, con varie ma convergenti argomentazioni, l'esistenza di una Costituzione europea è numerosa. Secondo A. V. BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione Europea*, in *Federalismi.it*, 6/2005, 34-35, la qualità di ordinamento giuridico autonomo dell'UE ha portato “non alla separazione, bensì alla più stretta compenetrazione del livello dell'Unione e di quello degli Stati membri” e le riflessioni avviate sul punto “hanno portato a concezioni che postulano l'unità dell'ambito sovranazionale e di quello nazionale”. Pertanto, prosegue Bogdandy, anche chi non si riconosce in queste concezioni “non potrà fare a meno di riconoscere che una soddisfacente ricostruzione, tanto dell'Unione quanto degli Stati membri, debba sempre prendere in considerazione l'intero formato dall'una e dagli altri: la Costituzione dell'Unione e quelle degli Stati membri si trovano in un rapporto di complementarità all'interno di uno spazio costituzionale comune”. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1/1999, 7, afferma invece che “l'ambito sovranazionale non solo recepisce in maniera creativa, ma distribuisce o restituisce agli Stati nazionali anche principi costituzionali di settore a livello europeo comunitario” e “da questo osmotico dare e avere «orizzontale» e «verticale» «si coagula» la costituzione europea e lo «Stato costituzionale europeo» trae i suoi profili”. Per la dottrina italiana si vedano almeno N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione «composita» nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 1-2, secondo il quale, “Il primo punto di partenza, che si evince sin da titolo del contributo, è la convinzione, circa

quello dello Stato – e quella che afferma l'esistenza di due ordinamenti autonomi e distinti seppure coordinati¹⁵. Poiché l'optare per una delle due diver-

l'esistenza di una Costituzione dell'Unione europea e la sua natura «composita»: frutto cioè di un'autolimitazione di ciascun ordinamento giuridico (quello dell'Unione europea e quello di ciascuno Stato membro) a vantaggio dell'altro, con un riconoscimento reciproco che avviene mediante clausole-valvola contenute nei trattati istitutivi e in ciascuna carta costituzionale, la cui ampiezza è rimessa alla interpretazione che di esse ne offrono i rispettivi giudici: affidandosi perciò un ruolo chiave alle Corti costituzionali degli Stati membri – ove operanti, si intende – sempre più chiaramente in dialogo con la Corte di giustizia, anche grazie al meccanismo del rinvio pregiudiziale e al suo uso che di recente si è fatto decisamente più intenso e qualificato (anche ad opera di giudici costituzionali tradizionalmente restii a farvi ricorso)»; A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *Federalismi.it*, 11/2016. Anche secondo Antonio Ruggeri l'ordinamento europeo ha una costituzione, quanto meno in senso materiale. Rammenta, a tal proposito, che “Un tempo il riconoscimento dei diritti fondamentali era, infatti, attributo esclusivo, identificante, delle Costituzioni nazionali; oggi questo connotato è condiviso altresì da altri documenti normativi, essi pure perciò materialmente costituzionali, tra i quali uno speciale rilievo hanno in Europa – come si sa – la CEDU e la Carta dei diritti dell'Unione. Da una sovranità condivisa ad una Costituzione (in senso materiale) condivisa, dunque” (ivi, 22-23); A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 20/2018, 4, il quale afferma che “L'ordinamento europeo e gli ordinamenti statali sono parte di un tutto che è l'Europa unita che li comprende. A questa entità unitaria eterarchica – frutto della produzione di norme derivanti dai fatti fondamentali che ne costituiscono la struttura *in fieri* – può essere riferito il concetto di «ordinamento costituzionale» o, più semplicemente, di «costituzione» europea (assumendo entrambi i concetti più in senso materiale che non formale)”.

¹⁵ Come noto, questa è tuttora anche la posizione della Corte costituzionale italiana (Corte cost., sentt. nn. 183/1973, 170/1984 per arrivare fino alla sentenza n. 269/2017). Inoltre, non mancano in dottrina posizioni che poggiano, più o meno direttamente, sul medesimo presupposto. Cfr. a riguardo G. FERRARA, *La Costituzione europea: un'ambizione frustrata*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2004, 2, il quale evidenzia come quelle “potestà, considerate da sole ed insieme, che specificano le varie declinazioni della sovranità – da quella coercitiva, a quella in politica estera, a quella tributaria, di recesso - e che gli stati non hanno ceduto a favore dell'Unione, e, in più, il vincolo dell'unanimità per una serie di deliberazioni degli organi dell'Unione non impediscono, certo, che quest'Unione possa avere una normativa che ne disciplini la conformazione, la dinamica, e quant'altro necessita per la sua esistenza e per il suo sviluppo. Le impediscono però di avere una costituzione, se ed in quanto l'ordinamento afferente a detta normativa si presenta come derivato da altro o, come in questo caso, da una pluralità di ordinamenti, che proiettano i titolari dei propri organi costituzionali politici nelle istituzioni di vertice dell'entità che si mirerebbe a ‘costituzionalizzare’. Ne confermano, invece, la natura di organizzazione internazionale”; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2/2006, 1659, il quale ricorda come le critiche più importanti che si possono muovere alla tesi che afferma l'esistenza di una Costituzione europea siano due: “la mancanza del «dominio» delle proprie regole fondamentali da parte dell'Unione; l'assenza di una comunità autenticamente politica di riferimento”; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 6, secondo il quale, “La Costituzione italiana consente che, a certe condizioni, operi una parziale «cessione

se ricostruzioni implica delle conseguenze rilevanti, conviene sin da subito prendere posizione su questo punto per poi trarre le necessarie conseguenze. A tal proposito, pare ragionevole sostenere che, allo stato attuale delle cose, non si possa affermare l'esistenza di un ordinamento unificato.

Si prende in considerazione qui solo l'ipotesi dell'assorbimento in quanto le altre tipologie di rapporti tra ordinamenti, quali la rilevanza, la coordinazione, la presupposizione¹⁶, non sono in grado di giustificare la quantità e qualità delle conseguenze giuridiche che molti studiosi dei rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti degli Stati membri da questi ultimi fanno derivare e, nello specifico, non sono idonee a legittimare quel rovesciamento di prospettiva che porterebbe ad affermare l'obbligo di valutare prioritariamente la legittimità degli atti dell'ordinamento interno alla luce della normativa dell'UE. Si riscontrano, beninteso, nel predetto rapporto, molti elementi sintomatici che rivelano un significativo livello di interazione tra i due ordinamenti. Tuttavia, ciò che si vuole argomentare non è una loro separazione *pleno iure*, ma soltanto la loro mancata compiuta integrazione.

Un'ipotetica unificazione dei due ordinamenti sarebbe, come accennato, l'unica condizione idonea a fungere da presupposto per l'inversione dell'ordine di priorità delle pregiudiziali, ma, come si dirà meglio in seguito, non sussistono sufficienti elementi a sostegno di tale ipotesi.

Tale affermazione pare avvalorata da numerosi argomenti ed è necessario, a questo punto, illustrarne qualcuno. Risulta, tuttavia, opportuna qualche precisazione preliminare. Molti degli istituti, categorie e principi che vengono utilizzati nell'analisi sono stati elaborati dalla scienza giuridica avendo come punto di riferimento la forma Stato. Si potrebbe obiettare, allora, che nella scelta delle categorie attraverso le quali tentare di sistematizzare la realtà delle attuali comunità politiche vi sia già inclusa una posizione di fondo.

L'obiezione coglierebbe solo parzialmente nel segno, poiché se, da un lato, quanto appena detto è, almeno in parte, vero, dall'altro, è anche inevitabile. Infatti, occorre considerare, in primo luogo, che se alcune delle categorie e dei principi di cui si dirà tra poco sono stati pensati per lo Stato, ciò non dipende da una qualche caratteristica appartenente esclusivamente a quest'ultimo, bensì dal fatto che, almeno a partire dalla Pace di Vestfalia¹⁷, rappresenta la forma

di sovranità» a favore di organizzazioni tra Stati, ai cui organi possono essere attribuiti compiti anche molto incisivi. Il principio di attribuzione delimita i poteri di quegli organi: esso è contenuto in una fonte sub-costituzionale "autorizzata" dall'art. 11 Cost., e potrà operare ovviamente solo nell'ambito e nei limiti dell'ordinamento costituzionale".

¹⁶ Cfr. sulle diverse relazioni che possono intercorrere tra diversi ordinamenti, oltre all'opera di S. Romano citata, anche N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 185 ss. e M. S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, 997 ss.

¹⁷ Il momento di nascita della forma Stato è dibattuto in dottrina, ma, con riferimento allo Stato nazione, viene fatto risalire simbolicamente alla Pace di Vestfalia. Occorre tener

principale di organizzazione delle comunità politiche. È ragionevole pensare che tale artificio, la cui nascita è dovuta “alla realizzazione di tutta una serie di fattori che ad un certo momento dell’evoluzione dei gruppi sociali” hanno indotto a “pensare al fondamento dell’organizzazione politica”¹⁸, esprima un’esigenza costante di quei gruppi sociali che vogliono darsi un’organizzazione di natura politica. Ma se questo è vero, non è peregrino ritenere che quelle caratteristiche ritenute essenziali perché venga a esistenza lo Stato¹⁹, siano proprie di ogni forma²⁰, denominata Stato o meno, che abbia la pretesa di “assicurare ordine, stabilità, quella stabilità dei rapporti e degli assetti del potere politico, economico e sociale, che si manifesta come un’esigenza ineludibile e imperiosa di ogni aggregazione umana”²¹. E non sembrano esservi dubbi sul fatto che il progetto europeo questa pretesa la abbia. Del resto, diversamente opinando, verrebbe meno la sua peculiarità²² e avrebbe ben poco senso interrogarsi circa

presente, in ogni caso, che si è trattato di un lungo e graduale processo storico che attraverso complesse vicende, diverse nei singoli paesi, ha comportato la nascita e il progressivo perfezionamento di tale forma di organizzazione delle comunità politiche. Ai fini di questo scritto è sufficiente rilevare come si tratti comunque di un periodo storico molto significativo e dal punto di vista della durata e da quello delle implicazioni sull’evoluzione dei sistemi politici. Secondo F. LANCHESTER, *Stato (forme di)* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, Vol. XLIII, Milano, 1990, 800, è da ritenersi prevalente “l’impostazione che ritiene opportuno riferire il termine solo ad una situazione storicamente delimitata, ovvero a quel tipo di ordinamento politico sorto processualmente dal secolo XIII in Europa e sviluppatosi totalmente nei suoi caratteri tipici tra il XVII ed il XIX secolo in una prospettiva che tende ad essere ormai consapevolmente eurocentrica”. Per G. AMATO, *Forme di stato e forme di governo*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986, 48, è “con lo Stato nazionale che nasce lo stesso termine Stato, fatto risalire all’espressione «Status rei publicae», contenuta nelle opere di Niccolò Machiavelli”, ma “il processo che porta al superamento delle strutture e delle forme feudali è molto meno netto di quanto ciò lasci intendere”. Anche G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, 13° ed., Bologna, 2010, 60, ritiene che “Con la monarchia assoluta del 1500-1600 comincia il monopolio della forza da parte di un apparato centralizzato e unitario e comincia la storia dello Stato”. V., inoltre, sul punto l’importante opera di C. MORTATI, *Le forme di governo: lezioni*, Padova, 1973, spec. 9-72.

¹⁸ Così G. BURDEAU, *L’État*, Paris, 1970, (trad. it. di Mirella De Seta) ID., *Lo Stato*, Roma, 1982, 56.

¹⁹ Con riferimento agli elementi costitutivi dello Stato, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, 2° ed., Padova, 1970, 50, ritiene che sia più esatto parlare di “elementi necessari ad aversi uno Stato”.

²⁰ Rileva E. TOSATO, *Stato (dir. Cost.)* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, Vol. XLIII, Milano, 1990 (l’opera è stata pubblicata come si trovava al momento della morte improvvisa dell’Autore il 20 marzo 1984), 760, che “Ogni ordinamento politico si distingue per le finalità perseguite, per la concezione dei rapporti tra governanti e governati, per gli sviluppi dell’apparato di governo, ecc. E queste diversità si riscontrano tanto negli ordinamenti del passato come in quelli del presente. Non per ciò essi concretano formazioni politiche essenzialmente diverse. La diversità dei contenuti non esclude l’identità di natura formale dell’ente cui si riferiscono”.

²¹ Cfr. G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, 229.

²² Sulla natura ermafrodita dell’Unione v. G. AMATO, *Riflessioni*, in *Associazione italiana*

i rapporti tra il suo ordinamento giuridico e quelli degli Stati membri, dovendosi sussumere la fattispecie in quella più generale e meno problematica dei rapporti tra Stati e organizzazioni internazionali.

In secondo luogo, sarebbe difficile negare che la forma di organizzazione politica di riferimento sia tuttora lo Stato²³. Basti pensare, a riguardo, al fatto che “tutta la terraferma è divisa tra Stati (con la eccezione dell’Antartide, peraltro disabitata), cosicché non esiste nessuna parte abitabile del globo che non appartenga ad uno Stato determinato”²⁴, con la conseguente pretesa di esercitare la sovranità sui relativi territori. E ancora, al fatto che, dal punto di vista di ogni singolo Stato, sia sufficiente una violazione, vera o presunta, della sovranità per minacciare o scatenare un conflitto armato.

Infine, non è superfluo sottolineare come l’attuale grado di evoluzione delle realtà ordinamentali di cui trattasi, non permetta e comunque, finora, non abbia permesso la creazione di ulteriori categorie concettuali che possano prendere il posto di quelle tradizionali. Non si può far altro, allora, che giovare di quel grande e prezioso “patrimonio complessivo prodotto da giuristi, filosofi, economisti, storici e teorici della politica, che da secoli riflettono sulle Costituzioni e sul costituzionalismo”²⁵, anche perché ogni ordinamento “va interpretato con i concetti dominanti nel periodo storico in cui è stato in vigore”²⁶.

Tutto ciò premesso, conviene procedere ora all’analisi degli elementi tesi a dimostrare che l’ordinamento dell’UE e quello italiano non siano stati uni-

dei costituzionalisti, Annuario 2005, L’integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali, Padova, 2007, 173 ss.

²³ A riguardo, afferma M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 4-5, che “Per ciò che concerne lo Stato, anche a uno sguardo superficiale, si avverte bene che, ad esempio, gli Stati occupano tuttora una posizione di centralità non solo nei rapporti internazionali, ma anche nel processo di integrazione europea: sono tuttora i «signori dei Trattati»; definiscono in notevole misura tempi e ruoli della normazione europea; gettano i loro interessi sul campo delle relazioni interne all’Unione, orientandole proprio in ragione del peso economico-politico di quegli interessi (sarebbe sorprendente che non lo si intendesse nemmeno dopo l’ultimo lustro - abbondante - di vicende europee). In realtà, come dovrebbe essere ormai chiaro, sono gli stessi Stati (meglio: i loro Governi) che hanno interesse ad alimentare la credenza nella fine della loro sovranità, per scaricare altrove la responsabilità politica delle scelte che compiono. Il che non significa, ovviamente, che il loro agire sia libero e incondizionato: non lo è mai stato e il margine di libertà diminuisce in un mondo interconnesso”.

²⁴ Lo ricorda G. U. RESCIGNO, *Corso ...cit.*, 22.

²⁵ G. FERRARA, *La Costituzione ...cit.*, 206.

²⁶ E. TOSATO, *Stato ... cit.*, 760. Ma v. anche P. HÄBERLE, *Per una dottrina ...cit.*, 8-9, il quale invita ad abbandonare “le cosiddette dottrine generali dello Stato classiche e moderne (compresa quella della «sovranità»)” e afferma che “a livello europeo alcune non dovrebbero neppure essere iniziate”, che al loro posto andrebbe “sviluppata una dottrina della costituzione europea” e “delineati nel proprio campo d’azione concetti come «potere costituente» (Verfassunggebung), «sfera pubblica» (Öffentlichkeit), tribunali costituzionali, ed anche «popolo»”.

ficati. A tal fine, tenendo conto di quanto finora detto in merito all'utilizzo delle categorie concettuali tradizionali, sarebbe sufficiente rilevare che l'ordinamento dell'UE, per il solo fatto di non avere il monopolio della forza sul territorio degli Stati membri, non può ritenersi che abbia assorbito i relativi ordinamenti. Ma sul punto ci si ritornerà a breve, procedendo prima all'analisi di alcuni aspetti di natura logico-formale, relativi ai rapporti tra ordinamenti, che conducono a conclusioni convergenti. Giova sottolineare come, naturalmente, i concetti e argomenti utilizzati siano ben noti e acquisiti ormai da tempo nell'armamentario della dottrina pubblicistica. Tuttavia, poiché negli ultimi anni, nell'interpretazione dei rapporti tra ordinamento giuridico dell'Unione e ordinamenti degli Stati membri, sembrano essere stati sostanzialmente abbandonati, sia consentito richiamarli brevemente.

Un primo argomento, sufficiente a sostenere autonomamente la tesi del mancato assorbimento, è che a un dato ordinamento giuridico, inteso come prodotto di una comunità che voglia darsi un'organizzazione stabile di natura politica, non può che corrispondere un'unica Costituzione. Quanto appena affermato non è altro che un immediato corollario del cosiddetto principio di esclusività²⁷, secondo il quale, “in un dato ordinamento originario le norme di un secondo ordinamento non poss[on]o aver valore se non in base a norme del primo”²⁸. Di conseguenza, “un ordinamento originario, e quindi in primo luogo [...] l'ordinamento statale, è esclusivo”²⁹, nel senso che “non c'è, alla

²⁷ Per un'accurata ricostruzione delle principali interpretazioni dottrinali di tale principio v. C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività I. Percorsi scientifici*, Milano, 1990.

²⁸ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento ... cit.*, 119, nota 95bis. Santi Romano ammetteva ciò nel tentativo di confutare la concezione di quella corrente dottrinale che, sul presupposto che ogni ordinamento giuridico originario è per sua natura esclusivo e, se considerato dal proprio interno, unico, negava che un ordinamento giuridico possa essere rilevante in questa sua qualità (in quanto giuridico) per un altro ordinamento originario. Cfr. in tal senso, per tutti, H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920, trad. it. di Agostino Carrino, ID., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989, 159, il quale affermava: “il fatto stesso che l'ipotesi di due sistemi di norme autonomi, indipendenti l'uno dall'altro, contiene la possibilità di una contraddizione di norme è la conferma del principio [...] per cui due sistemi di norme non possono essere presupposti come vigenti contemporaneamente l'uno accanto all'altro, significa che si può operare sempre o con l'uno o con l'altro ordinamento. Il postulato dell'unità della conoscenza normativa ha lo stesso significato della esclusività di quell'ordinamento che al momento si assume valido”. L'autore di *L'ordinamento giuridico*, invece, intendeva il principio per cui ogni ordinamento originario è sempre esclusivo “nel senso che esso può, non che debba necessariamente negare il valore giuridico di ogni altro”, e pur ammettendo che “un ordinamento può ignorare o anche negare un altro ordinamento; può prenderlo in considerazione attribuendogli un carattere diverso da quello che esso si attribuisce da sé e quindi, se crede, può considerarlo come un mero fatto”, riteneva che questo non implicasse che “non possa riconoscerlo come ordinamento giuridico, sia pure in certa misura e per certi effetti, nonché con le qualifiche che potrebbe ritenere opportuno conferirgli” (*Ibidem*).

²⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni ... cit.*, 64.

stregua dell'ordinamento statale, altro diritto che non sia il suo stesso diritto oggettivo; non ci sono altre norme giuridiche oltre quelle cui l'ordinamento attribuisce tale qualifica³⁰. In altri termini, come è stato osservato, "la scelta di un determinato sistema, come unico regolatore di una o di una serie di attività pratiche implica *eo ipso* la esclusione di ogni valore giuridico originario per tutte quelle altre norme che non fanno parte del sistema. Dal punto di vista formale non vi sono altre qualificazioni giuridiche oltre quelle che scaturiscono dalle norme scelte come fonti originarie delle qualificazioni dei contegni in cui si manifestano le attività (sottoposte alle norme): ogni altra modalità di qualificazioni, proveniente, cioè, da altre norme, è logicamente incompatibile con quelle, fino a quando non si sposti, per così dire, l'angolo visuale, e, abbassate le prime norme a semplici elementi di fatto (da cui si può anche prescindere), si scelgano, come uniche regolatrici delle medesime attività le seconde"³¹.

È in questo senso che si può affermare la esclusività di ogni ordinamento giuridico (*rectius*: di ciascun punto di vista ordinamentale) fondata sulla considerazione che "la validità non è un valore assoluto, ma, al contrario, relativo a ciascun ordinamento considerato"³². Ne discende, quindi, la esclusività di ogni punto di vista, se si considera l'ordinamento in sé - con il solo limite del criterio di effettività³³ - necessariamente accompagnata dalla relatività di tutti i punti di vista se considerati nei loro rapporti reciproci³⁴. Ma se si condivide quanto appena detto, allora ne consegue che i rapporti tra ordinamenti non possano "mai essere, di per sé, rapporti di subordinazione, ma sempre di coordinazione"³⁵, a meno che non si arrivi al punto in cui, supponendo che gli ordinamenti presi in considerazione con riguardo ai loro rapporti siano originariamente due, a una situazione in cui uno dei due riesca, nei confronti dell'altro, a "regolarne diversamente le fonti, abrogarne effettivamente le norme, eliminare le conseguenze giuridiche da queste prodotte". Ma ove ciò avvenisse significherebbe che tra i due ordinamenti "non c'è (o non c'è più) barriera divisoria, come tra sistemi relativi a ordinamenti tra loro estranei: vale a dire che siamo pur sempre (caso delle trasformazioni costituzionali), ovvero che entriamo a partire da un certo momento (casi di «successione» per estinzione dello Stato preesistente) nell'ambito di un solo ed unico ordinamento sovrano"³⁶.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ A. E. CAMMARATTA, *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici* (1926), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Rocca San Casciano, 1962, 140.

³² Cfr. in questo senso F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 34.

³³ *Ibidem*; V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Riv. di dir. internaz.*, XLVII (1964), n. 3, ora in *Id.*, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 34

³⁴ F. MODUGNO, *Pluralità ...cit.*, 34, nota 75.

³⁵ *Ivi*, 34.

³⁶ Così V. CRISAFULLI, *La continuità ...cit.*, 34-35.

Se quanto detto è esatto, allora, per escludere logicamente la *reductio ad unum*³⁷ tra l'ordinamento giuridico dell'UE e quello italiano, è sufficiente constatare la vigenza della Costituzione italiana che, nel consentire le limitazioni di sovranità a favore di ordinamenti che assicurino la pace e la giustizia tra le nazioni, rivela la sua indubitabile pretesa di porsi come fondamento unico ed esclusivo della legittimazione delle norme di ogni ordinamento di tal fatta, quindi anche dell'ordinamento eurounitario, a produrre effetti nell'ordinamento dalla stessa costituito. Ne discende, inoltre, ciò che più rileva ai nostri fini, che, quando si tratti di valutare la legittimità di norme dell'ordinamento interno – valutazione che può effettuarsi anche alla stregua di norme di altro ordinamento – il punto di vista rilevante non può che essere quello dell'ordinamento in cui le norme siano state prodotte.

Escluso per questa via l'assorbimento dell'ordinamento italiano da parte dell'Unione, occorre anche evidenziare come, in costanza di vigenza della Carta costituzionale nella formulazione attuale, ciò non sarebbe nemmeno possibile. Tale considerazione è ricavabile agevolmente da un'interpretazione sistematica delle previsioni degli artt. 1 e 11 della Costituzione ed è collegata alla questione più generale dei limiti al trasferimento di competenze e poteri all'ordinamento eurounitario.

Un primo limite all'assorbimento – implicante il trasferimento della sovranità *tout court* all'ordinamento sovranazionale – deriva dall'utilizzo nell'art. 11 Cost. del termine *limitazioni* di sovranità, il che comporta necessariamente la permanenza della *titolarità* in capo al soggetto cui la stessa appartiene ai sensi dell'art. 1.

Un secondo limite, di natura teleologica, ricavabile direttamente dallo stesso art. 11, consiste nella necessaria proporzionalità delle limitazioni consentite rispetto ai fini stabiliti dal medesimo articolo. Invero, è ben possibile che le limitazioni di sovranità indicate dall'art. 11 siano consentite anche nei confronti di organizzazioni che non abbiano il perseguimento della pace e della giustizia come fine unico o immediato e anzi si può convenire che ordinamenti come quello dell'Unione, che tramite la progressiva integrazione economica perseguono la creazione di una comunità politica possano contribuire meglio anche al mantenimento della pace e della giustizia, almeno tra gli Stati che ne fanno parte, rispetto a quelli che hanno questi come unico scopo³⁸. Tuttavia, il perseguimento di questi fini più immediati e preliminari

³⁷ Cfr. per questo tipo di relazione N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento ...cit.*, 211, il quale, tuttavia, applicava tale schema qualificatorio alla riduzione dello Stato alla Chiesa o della Chiesa allo Stato.

³⁸ Cfr. in questo senso F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità Europee*, I, Milano, 1970, 109. Secondo tale A., nelle organizzazioni che perseguono immediatamente scopi diversi e più specifici "la pace e la giustizia tra le nazioni si pongono come lo scopo ultimo cui tende l'organizzazione [...] al quale sono preordinati gli scopi con-

rispetto a quelli indicati dall'art. 11 può richiedere, come in effetti ha progressivamente richiesto, ulteriori limitazioni di sovranità³⁹. Ma questo processo non può sfociare nell'assorbimento dell'ordinamento italiano da parte di quello dell'UE prima di aver superato il limite teleologico indicato nell'articolo 11⁴⁰, determinando per ciò la sua violazione.

Un terzo limite discende dall'art. 1 della Costituzione nella misura in cui afferma che “la sovranità appartiene al popolo” il quale “la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”. Da ciò consegue, da una parte, che la sovranità può essere limitata (ai sensi dell'art. 11), ma non ceduta; dall'altra, che anche le predette limitazioni, così come l'esercizio, non possono trascendere quelle forme e quei limiti⁴¹. Di conseguenza, da un lato, essendo l'art. 138 “norma strumentale, che determina una delle forme di esercizio della sovranità popolare, è chiaro che non è possibile servirsi del procedimento da essa indicato per sopprimere la sovranità popolare stessa”⁴²; dall'altro, poiché sussistono dei limiti alla modificabilità della Costituzione anche tramite il procedimento di revisione costituzionale, “quei medesimi limiti devono valere nei confronti della c.d. «apertura internazionalista» della Repubblica”⁴³. Si può dedurre, allora, che, ad articoli 1 e 11 della Costituzione invariati, l'apertura dell'ordinamento verso l'esterno non possa spingersi sino a determinare la totale inclusione dell'ordinamento interno in quello europeo. D'altra parte, una eventuale modifica dei due articoli citati – nel senso di ren-

creti e immediati” (Ivi, 108). Cfr. nello stesso senso anche G. L. TOSATO, *I regolamenti delle comunità europee e diritto interno*, Milano, 1967, 305.

³⁹ Cfr. in tal senso F. SORRENTINO, *Corte costituzionale ...cit.*, 110.

⁴⁰ Per una lettura diversa dell'art. 11 Cost. v. A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounarietà”*, in *Consulta on line*, 2019, 474, secondo il quale, “avverso l'ipotesi, caldeggiata dalla Consulta nella 269 e quindi, con temperamenti, ripresa da alcune note decisioni di quest'anno (in specie, dalla 20 e dalla 63), del sindacato accentrato in relazione ad antinomie coinvolgenti norme *self-executing* della Carta dei diritti dell'Unione, nonché – come si diceva – anche norme ad essa estranee seppur quodammodo “connesse”, possono muoversi, come si sono mosse, plurime obiezioni, tra le quali quella a mia opinione risolutiva secondo cui si viene in tal modo meno al precetto del Trattato che impone l'immediata applicazione di ogni norma eurounitaria *self-executing*, senza distinzione di sorta in ordine alla fonte da cui essa risulti prodotta. E, poiché il canone in parola e l'intero Trattato che lo contiene si dispongono – come si sa – sotto la “copertura” dell'art. 11, se ne ha che la messa in atto della tecnica dell'annullamento in vece di quella della “non applicazione”, al fine di porre rimedio alle antinomie in parola, urta – piaccia o no – con il principio fondamentale suddetto”.

⁴¹ Cfr. in questo senso M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 7.

⁴² Così F. SORRENTINO, *Corte costituzionale ...cit.*, 115.

⁴³ Cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio ...cit.*, 7. V. anche R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in *Federalismi.it*, 1/2016, 17, la quale, pur ritenendo che quello dell'apertura dell'ordinamento ex art. 11 Cost. possa rientrare tra i principi supremi, evidenzia come “si tratti di un'apertura parziale e condizionata”.

derli compatibili con l'incorporazione dell'Italia all'interno di un altro ordinamento – determinerebbe la fine dell'ordinamento instaurato con la Carta costituzionale del '48.

Che l'ordinamento dell'UE non abbia una Costituzione si può argomentare, peraltro, anche attraverso un'analisi che tenga conto di alcuni elementi di natura sostanziale del concetto. È evidente che nell'utilizzare il termine Costituzione si evoca anche quel bagaglio storico, giuridico e politico-istituzionale che attorno a questo concetto, a partire dalla nascita dello Stato moderno, si è accumulato. Pertanto, anche volendo riconoscere come Costituzione “composita” i Trattati unitamente alla CDFUE, occorre evidenziare come a questo complesso normativo mancherebbero molti degli elementi essenziali caratterizzanti una Costituzione per come intesa dalla tradizione giuridica liberal democratica.

Nella sua Voce per l'Enciclopedia del Diritto, Costantino Mortati individuava tre elementi essenziali “che concorrono nel conferirle la supremazia che essa vuole esprimere: il primo, relativo al momento formativo, alla cui perfezione appare essenziale la partecipazione del popolo, configurato non già nella veste di parte di un rapporto avente quale altro termine il sovrano, bensì quale titolare unico del potere di dar vita, con atto unilaterale, all'ordine costituzionale perché fornito di una potestà di volere sopraordinata su ogni altra; il secondo, di carattere formale, consistente nella redazione per iscritto, attraverso un procedimento particolarmente solenne, di un complesso di norme, coordinate fra loro in modo organico, regolanti i principi ritenuti essenziali all'assetto statale; l'ultimo attinente al fine politico della tutela delle libertà dei cittadini di fronte allo Stato”⁴⁴.

Anche Vezio Crisafulli, nelle sue *Lezioni*, tentava una ricostruzione in senso sostanziale del concetto, rilevando che gli sforzi definitivi “oscillano tra una nozione più restrittiva della costituzione, come «l'elemento necessario all'esserci ordinamento», e una nozione più lata, alla stregua della quale è costituzione tutto quel che caratterizza «il modo d'essere» proprio e peculiare del singolo ordinamento”, ma riteneva che “l'una e l'altra impostazione hanno riferimento alla spettanza e all'ordinamento del potere sovrano, includendovi però anche il rapporto fondamentale tra il soggetto o l'organizzazione governante e i sottoposti al potere, nonché il principio politico – e giuridico – secondo cui tale rapporto è organizzato”⁴⁵.

Nella ricostruzione di Mario Dogliani, invece, “il termine costituzione ha un significato basilare, che designa: a) la concezione che gli appartenenti ad un gruppo sociale hanno di se stessi; b) il complesso di pretese concernenti l'organizzazione del potere politico che deriva da questa concezione di sé. In altri termini, la costituzione è l'insieme delle regole considerate essenziali da-

⁴⁴ Cfr. C. MORTATI, *Costituzione* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, Vol. XI, Milano, 1962, 143.

⁴⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni ...cit.*, 92.

gli appartenenti ad un gruppo sociale affinché essi possano esercitare i diritti di cui si sentono portatori⁴⁶.

Per Gianni Ferrara, infine, il significato della Costituzione “emerge come normativizzazione di un principio politico” che “attrae la decisione schmittiana del popolo nell’area del diritto perché la configura, già all’origine, come tensione alla normativizzazione, come norme *in fieri*, e, in tal modo, destinandola a determinarsi compiutamente, scegliendo l’alveo procedimentale che gli è necessario per compiersi e qualificarsi⁴⁷”.

Raffrontando la nozione di Costituzione che emerge dalle ricostruzioni prese in considerazione e l’evoluzione dell’esperienza costituzionale⁴⁸ europea, ciò che salta immediatamente all’occhio è l’assenza, in quest’ultima, dell’elemento popolare⁴⁹. Ammesso che all’interno dell’ordinamento UE possa individuarsi un gruppo sociale unitario, quest’ultimo non solo non avrebbe partecipato in alcun modo al processo di adozione di una tale “costituzione”, ma risulta tuttora evidentemente distaccato dagli organi e poteri che dalla medesima sono previsti. Non deve stupire, sotto questo profilo, che l’interruzione del processo che era volto all’adozione di un “Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa” sia stata determinata dal rifiuto opposto da una parte di quel gruppo sociale. Del resto, come ammoniva Rousseau, prima di esaminare “l’atto per il quale un popolo elegge un re, sarebbe bene esaminare l’atto, per il quale un popolo è un popolo; giacché quest’atto, essendo necessariamente anteriore all’altro, è il vero fondamento della società⁵⁰”. Pertanto, tornando al nostro ragionamento, poiché l’UE non ha una

⁴⁶ Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 151.

⁴⁷ G. FERRARA, *La Costituzione ...cit.*, 242-243.

⁴⁸ Cfr. sul punto, da ultimo, G. AMATO, *L’integrazione europea come problema costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2018, 561-562, il quale, pur ritenendo che nell’assetto europeo “Concorrono insieme – i trattati e le costituzioni degli Stati membri – a fornire del loro fondamento legittimante i poteri attribuiti alle istituzioni europee; e concorrono altresì a tracciare i limiti di tali poteri e i limiti stessi di quelli nazionali, a garanzia dei diritti dei cittadini e dei valori condivisi (la democrazia, l’eguaglianza e quell’agglomerato di difese dal potere arbitrario che è la rule of law). E questa è – lo sappiamo tutti – la materia prima del costituzionalismo”, ammette tuttavia che “la nostra è tuttora un’unione di Stati, che si è venuta integrando sotto diversi profili, ma non ha mai varcato la soglia dell’unità statale”.

⁴⁹ Sulla questione del *deficit* democratico della costruzione eurounitaria cfr. per tutti M. LUCIANI, *Il brusco risveglio ...cit.*, 7-8, il quale ritiene che si tratti ancora “di una questione di primaria importanza anche e soprattutto in campo penale (dove le esigenze di una legittimazione democratica della scelta di criminalizzazione si fanno sentire con particolare robustezza) la cui mancata soluzione determina conseguenze gravissime, che non possono essere liquidate invocando il nuovo che incalza, prendendosela con i ferrigni «realisti» o accusando di passatismo o sovranismo chi – semplicemente – intende dare un senso alla titolarità popolare della sovranità: la vera linfa di ogni possibile, futura, Europa politica”.

⁵⁰ J. J. ROUSSEAU, *Del contratto sociale* (trad. it. di R. Mondolfo), in *Id.*, *Opere*, Milano, 1993, 284.

Costituzione, non pare possibile sostenere che quell'ordinamento abbia assorbito gli ordinamenti degli Stati membri e, in particolare, quello dell'Italia.

Tra gli elementi di natura sostanziale, come accennato, quello rappresentato dal monopolio della forza⁵¹ è sufficiente, da solo, a testimoniare la non avvenuta unificazione dei due ordinamenti presi in considerazione. Se, come si ritiene comunemente⁵², l'apparato sovrastante una comunità politicamente organizzata detiene il monopolio della forza legittima sul proprio territorio, ne consegue che l'UE e lo Stato italiano non rappresentino lo stesso ordinamento. Infatti, la indubbia circostanza che lo Stato italiano abbia il monopolio della forza all'interno del proprio territorio comporta necessariamente che sul medesimo territorio non lo abbia l'Unione Europea. Quanto appena detto, nella prospettiva weberiana appena richiamata, implica una delle seguenti alternative: che l'UE non sia una comunità organizzata politicamente; oppure, ove lo fosse, in quella comunità non sarebbe incluso lo Stato italiano.

Altro punto problematico che denuncia la mancata unificazione dei due ordinamenti è quello dei rispettivi fini. Come noto, gli ordinamenti di natura politica sono, per definizione, idonei e legittimati a perseguire ogni fine ritenuto strumentale all'interesse generale della collettività organizzata politicamente⁵³. Non è contestabile, invece, che, ancora oggi, l'ordinamento dell'UE sia un

⁵¹ È sufficiente, ai limitati fini di questo scritto, rinviare a M. WEBER, *Economia e società*, Edizioni di comunità, 1980, Vol. IV, 478, il quale affermava che “dal punto di vista della considerazione sociologica un gruppo politico e in particolare uno stato non deve essere definito in base al contenuto della sua attività. Non c'è quasi nessun compito che un gruppo politico non si sia arrogato, in un luogo o in un altro; d'altra parte non c'è neppure alcun compito del quale si possa dire che esso è stato sempre ed esclusivamente proprio di quei gruppi che si designano come politici – ed oggi come stati – e che storicamente hanno costituito i predecessori dello stato moderno. Lo Stato moderno può piuttosto essere definito sociologicamente in ultima analisi soltanto in base a uno specifico mezzo che è proprio di esso come di ogni gruppo politico – cioè in base all'uso della forza fisica”.

⁵² Cfr. sul punto anche E. TOSATO, *Stato ...cit.*, 770; G. FERRARA, *La Costituzione ...cit.*, 228-229; G. U. RESCIGNO, *Corso ...cit.*, 12 ss.; R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 15° ed., Torino, 2014, 11-12.

⁵³ Non a caso, Rousseau, alla domanda su quale fosse il fine dell'associazione politica, rispondeva: “La conservazione e la prosperità dei propri membri”. Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Il contratto ...cit.*, 317. Ma cfr. anche E. TOSATO, *Stato ...cit.*, 767-768, il quale evidenziava come il governo statale sia “destinato ad estendere la sua attività e quindi, in forme diverse, i suoi poteri a tutti i settori nei quali il suo intervento si manifesti necessario, o quanto meno vantaggioso, nell'interesse generale” e come proprio in ciò consistesse “la politicità del governo statale” in quanto “organo esponenziale del bene comune della polis, della comunità costituita a stato”. L'evidenziazione della generalità dei fini dello Stato in quanto organizzazione politica è comune nella manualistica. Cfr. a riguardo, V. CRISAFULLI, *Lezioni ...cit.*, 56, il quale sottolinea che “i gruppi «politici» [...] sono a fini generali, nel senso di virtualmente illimitati, insuscettibili di una rigida predeterminazione: essi, perciò, non cambiano natura con il variare dei fini, storicamente mutevoli, di volta in volta in fatto perseguiti”; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, 9° edizione, Padova, 1975, 19, rileva che “Nella serie delle distinzioni operabili fra

ordinamento settoriale e a fini limitati mentre lo Stato italiano, come peraltro ogni altro Stato, rappresenta un ordinamento a fini generali. Allora, nella misura in cui un ordinamento a fini generali non può essere assorbito da un altro a fini limitati, altrettanto non contestabile dovrebbe essere il mancato assorbimento dell'ordinamento giuridico italiano da parte dell'ordinamento europeo.

Infine, resta la questione dell'assenza di potestà impositiva tributaria in capo all'ordinamento dell'UE e quella, direttamente collegata, del bilancio dell'UE, o meglio del fatto che l'ordinamento europeo, proprio in ragione di ciò, non abbia un bilancio nel senso giuridico-costituzionale che il termine ha progressivamente assunto a partire dalla concessione della *Magna Charta*. Quanto al primo profilo, giova ricordare come il tributo sia “essenzialmente manifestazione di sovranità e deve necessariamente configurarsi come fenomeno di imposizione autoritativa, dall'accentuata caratterizzazione pubblicistica”⁵⁴. Questo lato autoritativo dell'attività finanziaria trova, tuttavia, giustificazione nell'“ampiezza della sua motivazione politica” che, “in sede di determinazione del contenuto delle norme”, si traduce nella scelta dei propri compiti e dei mezzi necessari per svolgerli⁵⁵. Quanto al secondo profilo, non si può non evidenziare in proposito che, proprio in ragione di quanto appena detto, il bilancio europeo sia fatto di trasferimenti da parte degli Stati membri: è quindi necessario un compromesso tra gli Stati membri perché esso venga ad esistenza. Posto che le principali decisioni dell'Unione sono tuttora assunte con la regola dell'unanimità, “anche il contenuto del bilancio deve riflettere questa regola”⁵⁶. Un altro importante aspetto del bilancio europeo – senza che sia necessario ricordare qui ciò che il principio *no taxation without representation* ha rappresentato per le comunità politicamente organizzate – riguarda il fatto che l'istituzione che rappresenta i cittadini dell'Unione si trova “sullo stesso piano del Consiglio nella procedura di adozione del bilancio, e in questo senso si può affermare che queste due istituzioni esercitano congiuntamente la funzione di bilancio”⁵⁷.

Si può affermare allora che, nonostante la qualificazione formale, il bilancio dell'Unione europea non sia un vero bilancio nel senso tradizionale

I vari ordinamenti giuridici notevole importanza assume quella che ha riguardo alla «particolarità» o alla «generalità» dei fini perseguiti. I primi hanno come obiettivo la soddisfazione di interessi sociali ben determinati [...] Invece gli enti del secondo tipo si costituiscono per il perseguimento di un fine generico, suscettibile cioè di comprendere in sé la soddisfazione di tutti i possibili interessi che possono o potranno essere avvertiti come necessari alla conservazione di un dato gruppo sociale”. Ma v. sul punto anche L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, 3° ed., Padova, 1998, 9-10; F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2007, 42.

⁵⁴ Così A. FEDELE, *Art. 23*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1982, 24-25.

⁵⁵ Cfr. G. ABBAMONTE, *Corso di diritto finanziario*, I, Napoli, 1969, 16-17.

⁵⁶ Cfr. G. VEGAS, *Il bilancio pubblico*, Bologna, 2014, p. 202.

⁵⁷ Cfr. A. SANTINI, *Unione Europea (bilancio della)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 821 ss., 836.

del termine. Infatti, da un lato, esso non rappresenta che una quota irrisoria di tutte le entrate e tutte le spese dell'Unione⁵⁸; dall'altro, anche quella quota non viene approvata in via esclusiva dai rappresentanti dei cittadini dell'Unione. Pertanto, quel bilancio può essere considerato il bilancio dell'UE solo se quest'ultima si intende come apparato burocratico, e il relativo bilancio come quello di un ente pubblico.

Dall'analisi di tutti gli elementi, di natura formale e sostanziale, presi in considerazione pare possibile affermare che l'ordinamento UE non abbia incorporato l'ordinamento dello Stato italiano e che, in ogni caso, i due ordinamenti non siano stati unificati. Di questa prima conclusione si dovrà tener conto nel prosieguo dell'analisi.

4. Il percorso di integrazione europea tra dottrina Granital e la recente giurisprudenza costituzionale: la priorità logico-giuridica del giudizio di costituzionalità rispetto a quello relativo alla conformità al diritto dell'UE.

Il percorso di integrazione europea tracciato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia è ben noto⁵⁹. Dopo un lungo e difficile dialogo tra la Corte italiana e la Corte di Giustizia a partire dagli anni '60, il cammino aveva raggiunto il proprio punto di equilibrio con le sentenze Simmenthal della Corte europea (1978) e Granital della Corte costituzionale (1984). I pilastri della costruzione giurisprudenziale dei rapporti tra i due ordinamenti, pur partendo da due ricostruzioni teoriche molto diverse (monista quella della CGUE, dualista quella della Corte costituzionale italiana), erano rappresentati dal principio della preminenza del diritto comunitario immediatamente applicabile su quello degli Stati membri, anche di rango costituzionale e a prescindere dal momento della sua entrata in vigore, anteriore o successivo rispetto alla norma comunitaria e dal conseguente obbligo per il giudice comune di disapplicare⁶⁰ la norma interna in contrasto. Questo quadro è rimasto immutato fino al citato *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017.

Come già accennato, il nodo più problematico è rappresentato dalla sussistenza o meno dell'obbligo per il giudice comune di sollevare questione di costituzionalità nei casi di doppia pregiudizialità e dall'ordine di priorità assegnato alle due pregiudiziali. Nelle sentenze citate non viene stabilito un vero e proprio obbligo per il giudice comune di sollevare questione di costituzionalità, ma la Corte ha rivolto al medesimo un "caldo invito" in tal

⁵⁸ Intesa come insieme delle comunità nazionali e non come mero apparato burocratico.

⁵⁹ Tuttavia, per un'attenta ricostruzione del percorso di integrazione dalle origini fino al Trattato di Maastricht si v. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1995.

⁶⁰ Divenuta poi "non applicazione" a seguito di Corte cost. n. 168 del 1991.

senso⁶¹. Emerge altresì dalla lettura delle sentenze citate una preferenza verso la priorità cronologica del giudizio di costituzionalità, ma sul punto la Corte costituzionale ha ammorbidito di molto la propria posizione con le sentenze successive alla n. 269 del 2017. Richiamati così, brevemente, gli elementi di novità che hanno caratterizzato l'indirizzo giurisprudenziale relativo alla doppia pregiudizialità, pare opportuno ora analizzare più da vicino le problematiche che più rilevano ai fini di questo contributo.

Bisogna specificare, in primo luogo, che l'assetto dei rapporti tra ordinamenti, per come costruito fino alla sentenza Granital, non prendeva espressamente in considerazione il caso della doppia pregiudizialità. È stata la giurisprudenza successiva della Corte costituzionale – se quanto illustrato finora è vero, in modo non del tutto giustificato – a imporre al giudice comune la verifica prioritaria della conformità della norma interna al diritto dell'Unione. Pertanto, pare opportuno precisare che la svolta operata riguarda, più che la dottrina Granital, quell'indirizzo giurisprudenziale successivo in cui veniva stabilito che la pregiudiziale eurounitaria doveva sempre precedere la questione di costituzionalità a pena di inammissibilità per difetto di rilevanza⁶².

Nonostante le preoccupazioni di una parte della dottrina, sussistono buone ragioni per ritenere che la svolta⁶³ della Corte debba essere salutata con favore. Ancor prima dei benefici che ne potrà trarre la medesima inserendosi nel “dialogo” tra giudici comuni e CGUE, occorre evidenziare che il nuovo indirizzo, specialmente per come formulato nella sentenza n. 269 del 2017⁶⁴, pare più conforme al sistema costituzionale nel suo complesso⁶⁵, tenendo conto anche delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

Vediamo in che senso. Nell'ordinamento fondato sulla Carta del '48 viene delineato un sistema di tutela dei diritti, in sé compiuto, basato sugli artt. 24, 113 e 134 e dalle altre norme relative all'impugnazione incidentale delle

⁶¹ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *www.federalismi.it*, 10 luglio 2019, 19.

⁶² Corte cost., nn. 284 del 2007, 319 del 1996, 536 del 1995, 38 del 1995, 294 del 1994, 269, 79, 8 del 1991, 450, 389, 78 del 1990, 152 del 1987.

⁶³ A. RUGGERI, *Svolta nelle Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017, n. 3.

⁶⁴ Cfr. sul punto I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità ...cit.*, 15, la quale, dopo aver preso in considerazione le varie ipotesi relative all'ordine delle pregiudizialità e i rispettivi effetti, sottolinea come tutte portino “a una medesima conclusione: il *favor* che dovrebbe essere riconosciuto alla priorità del giudizio d'illegittimità costituzionale quando si faccia questione di diritti fondamentali”.

⁶⁵ Analogamente, G. MARRA – M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2019, 157.

leggi (art. 1, legge cost. 1/1948; artt. 23 e 30, legge 87/1953)⁶⁶. In tale sistema, il giudice dei diritti è il giudice ordinario il quale è, però, vincolato all'applicazione della legge, sia perché glielo impone l'art. 101 Cost. sia perché i diritti divengono tali se e in quanto riconosciuti attraverso l'esercizio del potere legislativo, che definisce altresì "le condizioni per la loro rivendicazione"⁶⁷.

Tuttavia, l'esercizio del potere giurisdizionale è limitato dal principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Il giudice deve comunque esprimersi anche nel caso in cui manchi una norma specifica per il caso concreto sottoposto al suo giudizio, "partendo dai principi costituzionali e della legislazione ordinaria, sfruttando ogni fonte di argomentazione che possa essergli utile a sostenere la conclusione"⁶⁸. Quando a quest'ultimo viene chiesto qualcosa che trascende quanto riconosciuto dalle disposizioni legislative, ma che appare comunque trovare un fondamento nella Costituzione, e il giudice ritiene di non poter effettuare un'interpretazione conforme alla Costituzione, deve sollevare questione di legittimità costituzionale⁶⁹.

Invero, la Corte costituzionale è il garante della conformità delle leggi e degli atti aventi forza di legge alle norme costituzionali, conformità resa indispensabile dal principio della supremazia della Costituzione, il quale impone che "tutte le sue previsioni normative siano portate ad effetto"⁷⁰. Tale ruolo del Giudice delle leggi è inequivocabilmente scolpito nell'art. n. 134 Cost. Occorre considerare, inoltre, che, in base all'art. 1 della Legge costituzionale n. 1 del 1948, "la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione". La previsione è stata poi integrata e meglio specificata dall'art. 23 della Legge n. 87 del 1953⁷¹.

⁶⁶ Cfr. in questo senso R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 1.

⁶⁷ *Ivi*, 2.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. in questo senso M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 39-40, il quale rammenta che "si dovrebbe applicare con parsimonia il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, decidendosi a rimettere alla Corte costituzionale tutti i dubbi di legittimità costituzionale non risolvibili senza forzature del testo legislativo, pena la trasformazione del nostro regime di sindacato di costituzionalità da accentratore in diffuso e (anche qui) la compromissione della certezza derivante dall'assenza di una pronuncia capace di effetti *erga omnes* ai sensi dell'art. 136 Cost."

⁷⁰ Su questo punto, v. per tutti, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 11.

⁷¹ Il quale, come noto, stabilisce che "Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando:

a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale;

A ciò va aggiunto che la norma dichiarata incostituzionale, pur cessando di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (art. 136 Cost. e art. 30 della L. n. 87 del 1953), è invalida, e lo è dal momento della sua entrata in vigore, poiché, essendo in contrasto con la Costituzione, non è stata immessa validamente nell'ordinamento. Infatti, come sostenuto da autorevole dottrina, “se la legge incostituzionale è efficace prima della dichiarazione d'incostituzionalità, lo è perché la sua esistenza formale impedisce ai giudici di disapplicarla”⁷².

Pertanto, perché una norma oggetto (legge o atto avente forza di legge dell'ordinamento interno) possa essere raffrontata con un qualsivoglia parametro di un ordinamento separato – ancorché coordinato – deve essersi validamente formata nell'ordinamento di provenienza. Specularmente, non vi può essere nessun raffronto se si ha un dubbio non manifestamente infondato circa la validità della norma. In quel caso, il giudice ha l'obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale. Dalle norme che disciplinano il giudizio incidentale prese poc'anzi in considerazione non emerge alcun elemento che possa invertire questo ordine; al contrario, tutte presuppongono l'obbligo per il giudice *a quo* di sollevare questione di costituzionalità una volta verificata la sussistenza di alcuni criteri che si collocano, però, integralmente all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano. Nello specifico, quando l'art. 23 della L. n. 87 del 1953 richiede al giudice, prima di sollevare la questione di costituzionalità, la verifica della rilevanza della questione, ovvero che il giudizio “non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale”, fa riferimento, inevitabilmente, all'impossibilità di risoluzione della controversia vagliata alla luce dell'ordinamento costituzionale.

Se dunque si tengono nella dovuta considerazione le norme citate, costituzionali e non, e, da una parte, che “è nella Costituzione (nelle singole costituzioni degli Stati membri) che giace la legittimazione delle istituzioni sovranazionali, non viceversa”⁷³, e, dall'altra, che “nessun Trattato – ratificato con le procedure costituzionali – può attribuire a un organo da esso istituito

b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate.

L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso”.

⁷² Cfr. A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 5.

⁷³ Così M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana. Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Torino, 27-29 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 79.

il potere di decidere quale sia il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti (interessi evidentemente riconosciuti dal Trattato stesso) e pretendere di farlo prevalere sul giudizio di bilanciamento che la Costituzione affida al proprio giudice costituzionale⁷⁴, allora, a stretto rigore, nei casi di doppia pregiudizialità il giudice comune avrebbe non già la possibilità, bensì l'obbligo di sollevare per prima la questione di legittimità costituzionale.

La priorità del giudizio di costituzionalità, peraltro, sembrerebbe necessaria anche percorrendo l'*iter* inverso: poiché la sanzione dell'annullamento – tipica della declaratoria di incostituzionalità – assorbe quella della disapplicazione, il dubbio di incostituzionalità deve essere valutato per primo anche da un punto di vista, per così dire, di convenienza. Infatti, a parte l'ammissibilità di un rinvio contestuale⁷⁵, la declaratoria di incostituzionalità renderebbe impossibile un ipotetico rinvio pregiudiziale successivo per il venir meno della norma oggetto, mentre non è vera l'ipotesi inversa. I benefici derivanti da una tale ricostruzione dei rapporti tra le due pregiudizialità sono indubbi anche sotto i profili della certezza del diritto e del principio di eguaglianza.

Peraltro, il principio di esclusività di cui si è sopra trattato, può essere considerato sotto diverse prospettive. Declinato dal punto di vista degli organi di un dato ordinamento, esso implica che “l'ordinamento è per loro esclusivo, ed è loro obbligo il considerarlo tale”⁷⁶.

Le maggiori perplessità della dottrina, con riguardo alla precedenza dell'incidente di costituzionalità, sono riferite principalmente “al differimento che l'instaurazione di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale imporrebbe all'attuazione immediata della tutela apprestata da una disposizione della CDFUE”⁷⁷. Tuttavia, sotto il profilo delle tempistiche della tutela giurisdizionale, salvo i casi in cui il giudice comune potrebbe determinarsi per l'immediata disapplicazione – casi che ragionevolmente non sono numerosissimi, e l'ipotesi presenta comunque rilevanti problematiche in termini di un sindacato diffuso effettuato dai giudici comuni – occorre valutare i tempi di risposta delle due Corti. Dalla *Relazione relativa ai dati quantitativi della giurisprudenza costituzionale per l'anno 2018*, approntata dal Servizio Studi della Corte costituzionale, emerge che nel giudizio incidentale la media dei giorni trascorsi tra la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'ordinanza di remissione e la data di trattazione in udienza pubblica o in camera di consiglio è stata di 389 giorni. Dalla *Relazione annuale 2018* sull'attività giudiziaria della CGUE emerge, invece, che la durata media di

⁷⁴ Cfr. R. BIN, *L'interpretazione conforme ...cit.*, 7.

⁷⁵ Su cui v. F. SORRENTINO, *E' veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giur. Cost.*, 2002, 781 ss.

⁷⁶ Cfr. in questo senso F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, 88.

⁷⁷ Cfr. R. G. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *giudicedonna.it*, n. 4/2017, 18.

trattazione delle domande pregiudiziali è di 16 mesi. Anche sotto questo profilo, quindi, non sembrano potersi ricavare significative indicazioni contrarie alla priorità dell'incidente di costituzionalità in caso di doppia pregiudizialità.

Peraltro, il diritto alla prima parola che la Corte costituzionale aveva rivendicato con la sentenza n. 269 del 2017, per poi sostanzialmente ritrattare, aiuterebbe il Giudice costituzionale a inserirsi a pieno titolo – avendone la legittimazione formale e sostanziale, nonché gli strumenti giuridici necessari – nel circuito c.d. multilivello di tutela dei diritti e, soprattutto, metterebbe la Corte nella migliore condizione ai fini dell'eventuale utilizzo dello strumento dei controlimiti, che restano in ogni caso la chiave di chiusura del sistema.

Ove invece la questione di costituzionalità venga postergata – con buone probabilità, in quel caso, di non venire più sollevata – si pone anche un problema di limiti del potere legislativo, poiché resta sempre possibile che una norma non sia in contrasto con la CDFUE, ma sia comunque incostituzionale, riproponendosi così un possibile contrasto con il principio di supremazia della Costituzione. Il problema diventa più acuto se si pensa che l'UE resta tuttora un ordinamento a competenza limitata, ma le prassi dei giudici comuni sono suscettibili di generalizzazione.

Ulteriore conforto alla tesi qui sostenuta dovrebbe derivare dalla natura e dai fattori legittimanti delle due Corti, quella costituzionale e la CGUE⁷⁸, all'interno del sistema complessivo. A tal proposito, risulta agevole rilevare come molto diversa sia la posizione della Corte costituzionale italiana perché diversa è la sua legittimazione. È nota la ricostruzione della posizione del Giudice costituzionale nel sistema italiano, costantemente sul crinale tra politica e giurisdizione⁷⁹. In particolare, secondo questa dottrina, “in Italia non nasceva né una Corte di stampo kelseniano, custode di valori razionali e delle esigenze del diritto come momento che supera le contingenze della politica, né una Corte di stampo schmittiano, come soggetto destinato ad operare nella sfera della politica in funzione di mediazione dei conflitti sociali”⁸⁰.

Proprio perché esprime elementi di ambedue i modelli la Corte costituzionale si è trovata “costretta a ricercare il suo sostegno su un duplice fondamento di legittimazione” e ciò “costringe il giudice delle leggi a misurarsi contemporaneamente su due fronti con due opposte credenze. Se la prima si appaga della dimostrazione che quanto avviene nelle sfere alte della Costituzione appartiene a un preesistente ordine ideale che va reso concreto e

⁷⁸ Su ruolo, natura e legittimazione della Corte di Giustizia, cfr. R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, 59 ss. e *passim*.

⁷⁹ Cfr. sul punto E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 31, secondo il quale, “è certo che tutte le Corti costituzionali parlano alla sfera della politica con il linguaggio dei giudici e parlano alla sfera giudiziaria prospettando i valori che emergono dal tessuto sociale mediante la politica”.

⁸⁰ *Ibidem*.

tangibile con la deduzione interpretativa, e respinge l'idea che l'ordine possa essere di volta in volta costruito in assenza di un archetipo, la seconda respinge invece l'ipotesi di un soverchiante ordine prestabilito, è meno intransigente nei confronti della creatività della giurisprudenza, e fa appello a quelle doti di equilibrio che sono necessarie a un giudice delle leggi chiamato quotidianamente a compiere concrete e contingenti mediazioni prima ancora che ricomposizioni ideologiche astratte e durature”⁸¹.

Tuttavia, la diversa legittimazione della Corte costituzionale non deriva soltanto da questa incessante tensione – insita nella natura dell'organo – tra diritto e politica, né solo dalla maggiore vicinanza alla realtà sociale, ma si riverbera su di essa anche dalla “democraticità della decisione che ha originato il parametro di giudizio”⁸². Se si condivide quanto finora argomentato, non dovrebbe suscitare molta preoccupazione, allora, lo spostamento dell'asse della tutela dei diritti da organi lontani dal circuito democratico ad altri che all'interno di quel circuito sono comunque compresi.

Ovviamente, le considerazioni svolte valgono fino a quando si riterrà che “la legittimazione all'intervento o del Giudice comune o della Corte va[da] sempre trovata nella Costituzione italiana, nell'art. 11 della stessa”⁸³, ovvero “fino a quando [...] non si avrà una costituzione europea che unifichi i due ordinamenti, oggi distinti ma coordinati”⁸⁴.

5. Brevi cenni conclusivi: la costruzione dell'ordine europeo.

Una parte della dottrina⁸⁵ ha accolto con preoccupazione la svolta impressa dalla Corte costituzionale ai rapporti tra ordinamento interno e Unione europea, con particolare riferimento alla priorità dell'incidente costituzionale. Le preoccupazioni riguardano – ponendosi nell'ottica delle teorie

⁸¹ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (Ristampa), Napoli, 2014, 125-126.

⁸² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico ...cit.*, 1663, nota 79.

⁸³ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 10.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in www.forumcostituzionale.it, 28 dicembre 2017; ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 1/2018, 280 ss.; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Diritto dell'Unione Europea. Osservatorio europeo*, n. 4/2017; L.S. ROSSI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto europolitico assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in www.federalismi.it, n. 3/2018; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in www.questionegiustizia.it, 4 marzo 2019.

della tutela multilivello dei diritti, del costituzionalismo multilivello e del c.d. pluralismo costituzionale⁸⁶ -, soprattutto, il livello di tutela dei diritti e l'immediatezza delle garanzie apprestate, che il sollevamento della questione di costituzionalità potrebbe pregiudicare.

Oltre al presupposto comune dell'esistenza di un ordinamento composito unificato, è possibile, a mio avviso, individuare due ulteriori premesse sulle quali si fonda, in modo più o meno esplicito, la validità di queste ricostruzioni: si tratta del divieto del *non liquet* e del principio della massima tutela dei diritti.

Quanto al primo punto, la legittimazione della giurisdizione a svolgere il ruolo di costruttore di questo nuovo ordine complesso e multilivello deriverebbe dall'obbligo ineluttabile per i giudici di soddisfare le domande di giustizia che salgono dalla società. Tuttavia, non può non evidenziarsi a riguardo che, in primo luogo, i giudici devono rispondere alle domande loro rivolte nei limiti del diritto positivo. Pertanto, se è vero che "non essendo concepibile l'uomo fuori della comunità, non sono concepibili diritti individuali originari, anteriori alla comunità ordinata politicamente"⁸⁷, le domande dei singoli sono rivolte innanzitutto al legislatore; l'eventuale colpevole inerzia di quest'ultimo, all'interno di ordinamenti retti dal principio rappresentativo, non autorizza i giudici a prenderne il posto. A tal proposito, bisogna tenere ferma la distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione: nella prospettiva qui accolta, la prima spetta esclusivamente alla legislazione e la seconda alla giurisdizione⁸⁸.

In secondo luogo, il divieto del *non liquet* implica che, sempre nei limiti del diritto positivo, il giudice sia obbligato a fornire una risposta, non anche che questa debba essere positiva.

Anche il principio per cui la garanzia dei diritti su più livelli comporterebbe una massimizzazione del livello di tutela prestato lascia aperte diverse

⁸⁶ Per una ricostruzione del dibattito sul pluralismo costituzionale v. L. PIERDOMINICI, *The Theory of EU Constitutional Pluralism: A Crisis in a Crisis?*, in *Perspectives on federalism*, 2/2017, 119 ss.

⁸⁷ Così G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale*, Torino, 1913, 6.

⁸⁸ Cfr. su questo punto M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 26, secondo il quale, "La tecnica di normazione per principi implica un maggiore tasso di incertezza nel riferimento alla Costituzione e imporrebbe una salda distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore e l'affidamento della seconda all'amministrazione e alla giurisdizione. Sennonché, in pratica, i confini si sono offuscati, per la sempre più frequente pretesa della giurisdizione (costituzionale e non) di attuare (non solo applicare) i principi costituzionali prescindendo dalla previa mediazione legislativa. La giurisdizione, così facendo, si è impossessata di spazi che dovrebbero essere riservati alla legislazione, pretendendo (peraltro con la valida giustificazione della latitanza della politica) di identificare direttamente i tempi e i modi dell'attuazione costituzionale".

problematiche che esigono una risposta, la quale, però, richiederebbe degli approfondimenti che non possono essere svolti in questa sede. Tuttavia, ci si limita qui a rammentare che tali ricostruzioni lasciano completamente nell'ombra il rapporto tra potere e diritti. Come è stato di recente sottolineato, “non ha senso proclamare diritti se non vi è un potere che li protegga e consenta di farli valere”⁸⁹. Ovviamente, il potere che si evoca è quello politico, se si vuole restare all'interno delle coordinate del costituzionalismo moderno.

Le teorie qui criticate, proprio in un contesto in cui i conflitti sono da considerarsi endemici⁹⁰, e quindi la necessità di criteri per la loro composizione indispensabile, da una parte, non forniscono alla prospettiva del conflitto interordinamentale “una soluzione univoca, permanente, sia essa strutturale sia essa procedimentale”⁹¹ e, dall'altra, lasciano completamente in ombra “il momento fondativo [e] la dimensione del potere”⁹². Ciò rende evidente la lontananza di tali concezioni dal costituzionalismo, il quale, già al suo momento genetico, “vede nel potere (oltre che l'indirizzatario delle proprie pretese fondative) sia l'oggetto che il soggetto delle proprie pretese garantiste, nel senso che il potere, per un verso, è un nemico dal quale difendersi erigendo garanzie a protezione dei diritti; per l'altro è il soggetto che a quelle garanzie consente di esistere e di funzionare, tanto è vero che dove non vi è potere non vi è rimedio alle «ingiustizie»”⁹³.

Il pregio intrinseco del progetto di integrazione europea merita senz'altro ogni sforzo possibile perché non venga disperso quel patrimonio di esperienza giuridica sinora accumulato. Probabilmente, è proprio la evidente bontà degli esiti cui potrebbe portare, una volta condotto a compimento, e il correlato timore che, evidenziandone le criticità, possa incidere negativamente sulla sua riuscita che stanno alla base delle letture particolarmente benevoli della dottrina a riguardo. Vengono, invero, riconosciuti alla costruzione eurounitaria poteri e attribuzioni e, ai suoi atti, effetti di cui, da un punto di vista logico-giuridico – come si è cercato di argomentare –, risulta difficile individuare un solido fondamento.

Tuttavia, occorre anche consapevolezza dei potenziali rischi. In un ordine senza un riconosciuto fondamento del potere, che si vuole prevalentemente, se non esclusivamente, costruito attraverso l'attività dei giudici di ogni livel-

⁸⁹ Così, riprendendo un passo di T. Hobbes, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico ... cit.*, 1652-1653.

⁹⁰ Rileva R. BIFULCO, *L'Europa e il Constitutional Pluralism: prospettive e limiti*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 807, come vi sia stata una sorta di inversione del corso della storia della cultura giuridica poiché “non è più l'unità dell'ordinamento, con tutti i suoi dogmatici corollari, a essere perseguita bensì la plurale coesistenza di ordinamenti che interferiscono tra loro da molteplici punti di vista. La prospettiva del conflitto tra ordinamenti diventa così endemica”.

⁹¹ Come sottolineato da R. BIFULCO, *L'Europa ... cit.*, 813.

⁹² *Ivi*, 817.

⁹³ Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico ... cit.*, 1654.

lo, ma senza regole precise e senza limiti chiari posti e *im*-posti ai medesimi (*i.e.* senza Legge), quelli che potenzialmente si prospettano potrebbero, *mutatis mutandis*, non essere troppo dissimili dai rischi che si prefigurava Bracton nell'affermare: “*Rex habet superiorem, deum scilicet. Item legem per quam factus est rex. Item curiam suam, videlicet comites et barones, quia comites dicuntur socii regis, et qui socium habet, habet magistrum. Et ideo si rex fuerit sine fraeno, id est sine lege, debent ei fraenum apponere nisi ipsimet fuerint cum rege sine fraeno. Et tunc clamabunt subditi et dicent, Domine Ihesu in chamo et fraeno maxillas eorum constringe*”⁹⁴. In effetti, l'assenza del freno costituisce sempre un serio pericolo per l'ordinamento perché mina l'assetto dei poteri e trasforma il primato della legge sugli uomini in un primato degli uomini sulla legge, mutamento che oggi rischia di compiersi attraverso una *iuris-dictio* che non si sa più distinguere dalla *legis-latio*⁹⁵. Ma che si tratti di prendere atto solennemente dell'emersione e accumulazione di principi, tradizioni e bisogni che sgorgano dal graduale progresso dei rapporti di convivenza sociale o di una manifestazione di volontà conformativa, quella che si evoca è, in ogni caso, una Legge integralmente umana e formalmente posta.

⁹⁴ H. DE BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, trad. ing. (a cura di Samuel E. Thorne), ID., *On the laws and customs of England*, Massachusetts, 1968, 110.

⁹⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, Ann. IX, Milano, 2016, 392 ss.

I RICORSI 'IN VIA DIRETTA' ALLA CORTE EDU RIGUARDANTI UNA LEGGE O UN'OMISSIONE LEGISLATIVA: UNA POTENZIALE ALTERNATIVA AL GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALI?

di Cecilia Siccardi*

SOMMARIO: 1. Premessa: scopo e impostazione dell'indagine. – 2. La regola dell'esaurimento dei rimedi interni: l'interpretazione "flessibile" nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3. La 'neutralizzazione' della regola nei ricorsi riguardanti una legge o un'omissione legislativa. – 4. Relazioni e contraddizioni tra i due tipi di giudizio – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: scopo e impostazione dell'indagine

Il presente lavoro intende concentrarsi su un filone specifico della giurisprudenza sovranazionale, che mostra la tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a dichiarare ricevibili sia ricorsi senza il completo esaurimento dei rimedi interni¹ sia ricorsi 'in via diretta', ovvero senza l'esperimento di alcun giudizio nazionale.

Una simile analisi pare meritevole di approfondimento in relazione al tema del sindacato accentrato di costituzionalità², oggetto del Seminario dell'Associazione Gruppo di Pisa del 25 ottobre 2019, se si considera che: a) i casi in cui la Corte EDU dichiara ricevibili ricorsi senza il previo esaurimento dei rimedi interni riguardano prevalentemente la violazione di parametri

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

¹ Ci si riferisce ai ricorsi dichiarati ricevibili dalla Corte EDU, nonostante siano pendenti davanti alle autorità giudiziarie nazionali casi analoghi, promossi dagli stessi ricorrenti a Strasburgo e che non siano giunti ad una decisione definitiva 'di ultimo grado', avverso la quale non sia più possibile alcuna impugnazione.

² Sul tema si rinvia alle riflessioni svolte da R. ROMBOLI nella relazione introduttiva al Seminario dell'associazione Gruppo di Pisa, "Il sindacato accentrato di costituzionalità", tenutosi a Pisa il 25 ottobre 2019, pubblicata in questo volume e nella relazione conclusiva allo stesso Seminario di A. RUGGERI, *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, pubblicata in questo volume e nella *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019. Inoltre, si vedano su tutti, R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro it.*, n. 7, 8/2018 e M. D'AMICO, *L'Europa dei diritti: tra "aperture" e chiusure*, in A. PEREZ MIRA, G. TERUEL LONZANO, E. RAFFIOTTA, M. P. IADICICCO (a cura di), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Madrid, 2020.

convenzionali da parte di una legge (cfr. C. EDU, *Parrillo c. Italia*, 2015; C. EDU, *Costa Pavan c. Italia*, 2012) o di un'omissione legislativa (cfr. C. EDU *Oliari c. Italia*, 2015; C. EDU *Azzolina c. Italia*, 2017; C. EDU *Cordella c. Italia*, 2019)³; b) la Corte EDU dichiara ricevibili i ricorsi senza il previo esaurimento dei rimedi interni, anche nel caso in cui sia pendente davanti alla Corte costituzionale italiana una questione di costituzionalità sulla stessa norma oggetto del ricorso (cfr. C. EDU, *Parrillo c. Italia*, 2015)⁴.

³ Questo lavoro è frutto di una ricerca giurisprudenziale svolta sulle principali pronunce della Corte EDU rese a seguito di ricorsi contro l'Italia presentati 'in via diretta' o senza il completo esaurimento dei rimedi interni, poiché considerati non effettivi ai sensi dell'art. 13 CEDU. Si è posta l'attenzione sulle decisioni in cui la Corte EDU ha dichiarato ricevibili questo genere di ricorsi con particolare riferimento ai casi riguardanti: a) la violazione di parametri convenzionali da parte di una legge; b) la violazione di parametri convenzionali da parte di un'omissione legislativa. Riguardo ai casi *sub a*) cfr. C. EDU, Seconda Sezione, *Costa Pavan c. Italia*, (ricorso n. 54270/10), 28 agosto 2012, C. EDU, Grande Camera, *Parrillo c. Italia*, (ricorso n. 46470/11), 27 agosto 2015, in cui i ricorrenti hanno adito la Corte europea 'in via diretta', senza esperire preventivamente alcun giudizio interno, lamentando la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU da parte di alcune norme della l. n. 40 del 2004 in materia di fecondazione assistita. In riferimento ai casi *sub b*) cfr. C. EDU, Quarta Sezione, *Oliari e altri c. Italia*, (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11), 21 luglio 2015 mediante la quale, come è noto la Corte EDU, ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU a causa della mancata adozione di una disciplina volta a garantire i diritti delle coppie dello stesso sesso, resa a seguito di ricorsi proposti sia 'in via diretta' (Sig. Felicetti e Sig. Zappa), sia da parte di una coppia che si era vista rigettare in primo grado il ricorso avverso il diniego di pubblicazione degli atti del matrimonio (Sig. Zacheo e Sig. Perelli Cippo), sia da parte di una coppia (Sig. Oliari e Sig. A.) che aveva presentato appello avverso la decisione del Tribunale di Trento, che aveva rigettato la richiesta di pubblicazione degli atti del matrimonio ed in quella sede presentato istanza di sollevamento della questione di costituzionalità, cui aveva poi fatto seguito la nota sent. della Corte costituzionale n. 138 del 2010. Sempre in riferimento ai casi *sub b*), cfr. C. EDU, Prima sezione, *Azzolina e altri c. Italia*, (ricorsi nn. 28923/09 e 67599/10), 26 ottobre 2017, concernente gli episodi avvenuti nella caserma di Bolzaneto nei giorni del G8 di Genova del 2001, che hanno portato i ricorrenti ad adire la Corte EDU nonostante i giudizi penali interni fossero ancora pendenti in ragione del fatto che "a causa dell'assenza di disposizioni legislative penali che reprimano le pratiche contrarie all'articolo 3 della Convenzione, la qualificazione dei fatti operata dai giudici nazionali era insufficiente rispetto alla gravità dei fatti in questione" e senza aver promosso alcuna azione civile di risarcimento del danno. Inoltre si sono analizzati casi riconducibili allo stesso tempo alle ipotesi *sub a*) e *sub b*). Si pensi, ad esempio, al caso C. EDU, Prima sezione, *Cordella e altri c. Italia* (ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), del 24 gennaio 2019 in cui i ricorrenti a Strasburgo - alcuni già costituiti parte civile nel procedimento penale in corso a livello interno nei confronti dei dirigenti della società Ilva di Taranto, altri ricorrenti 'in via diretta' alla Corte EDU - lamentano la violazione dell'art. 8 CEDU a causa della "mancata adozione da parte dello Stato di misure amministrative e legislative volte a proteggere la loro salute e l'ambiente, da una parte, e la contestazione dell'applicazione di misure che hanno permesso la continuazione, da parte della società Ilva, della sua attività inquinante, dall'altra".

⁴ Più precisamente in alcuni dei casi presi in considerazione la Corte EDU ha dichiarato ricevibili ricorsi senza il previo esaurimento dei rimedi interni nonostante il Governo segnalasse nelle eccezioni preliminari: a) il giudizio di costituzionalità quale rimedio ancora esperibile cfr. C.

Alla luce di quanto appena illustrato, si ritiene utile comprendere, anzitutto, se la tendenza della Corte europea a dichiarare ricevibili le suddette tipologie di ricorso - consentendo al singolo di adire immediatamente il giudice di Strasburgo - possa, in alcuni casi, mettere “*almeno nel breve termine, ‘fuori gioco’*”⁵ la Corte costituzionale dal circuito di tutela multilivello dei diritti fondamentali (*infra* par. 3).

Allo stesso modo, sarà necessario esaminare le conseguenze di tale tendenza sul giudizio in via incidentale, essendo rilevabile “*una possibile alternative o parallelismo nelle vie giudiziarie* (il ricorso diretto e il giudizio in via incidentale) *che potrebbe condurre a conflitti, non soltanto sul piano processuale*”⁶ (*infra* par. 4).

Tuttavia prima di riflettere sulle problematiche appena segnalate, si ritiene propedeutico ricostruire la regola del previo esaurimento dei rimedi interni alla luce della giurisprudenza sovranazionale, cercando di comprendere quali siano le circostanze che inducono la Corte di Strasburgo ad un’interpretazione “*flessibile*”⁷ della condizione di ricevibilità di cui all’art. 35, par. 1 CEDU (*infra* par. 2).

2. La regola dell’esaurimento dei rimedi interni: l’interpretazione “*flessibile*” nella giurisprudenza della Corte EDU

Al fine di individuare le circostanze che inducono la Corte EDU ad interpretare in modo “*flessibile*” la regola dell’esaurimento dei rimedi interni,

EDU, Prima sezione, *Cordella e altri c. Italia* (ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), del 24 gennaio 2019; b) la pendenza di una questione di costituzionalità analoga davanti alla Corte costituzionale italiana, cfr. C. EDU, Grande Camera, *Parrillo c. Italia*, (ricorso n. 46470/11), 27 agosto 2015. In entrambe le ipotesi, appena riportate, come si dirà meglio in seguito (*infra* nota 31), la Corte EDU considera il giudizio di costituzionalità quale rimedio non effettivo ex art 13 CEDU e quindi non rientrante tra i rimedi di cui la Convenzione richiede l’esercizio ex art. 35, par. 1 CEDU.

⁵ Così E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relazione al Seminario dell’associazione Gruppo di Pisa, “Il sindacato accentratato di costituzionalità”, svoltosi a Pisa il 25 ottobre 2019, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 121 e in questo volume.

⁶ M. D’AMICO, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 2015, 4. L’Autrice riflette ancora più diffusamente sull’alternatività o parallelismo delle vie giudiziarie nello spazio giuridico europeo in Id., *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 2018.

⁷ “*Flessibile*” ed “*elastica*” sono espressioni che si ritrovano diffusamente nella giurisprudenza della Corte EDU in riferimento alla regola di cui all’art. 35, par. 1 CEDU cfr. *ex multis* C. EDU, Grande Camera, *Scoppola c. Italia* (n. 2), (ricorso n. 10249/03), 17 settembre 2009, par. 69. Si veda inoltre la guida pratica sui criteri di ammissibilità pubblicata sul sito del Consiglio di Europa “*Practical Guide on Admissibility Criteria*”, aggiornata al 31 agosto 2019 la quale dedica un’intera sezione alla “*flessibilità*” della condizione di ammissibilità di cui all’art. 35, par. 1 CEDU.

dichiarando così ricevibili ricorsi senza il previo esperimento dei giudizi nazionali, è opportuno anzitutto ricostruire il *contenuto* e le *funzioni* di tale regola prevista, come noto, dall'art. 35, par. 1 CEDU tra le condizioni di ricevibilità⁸.

Per quanto attiene al contenuto⁹, è sufficiente notare come, secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, richiamati esplicitamente dallo stesso art. 35, par. 1 CEDU, essa rappresenti una regola di natura processuale a tutela del principio di sussidiarietà¹⁰, che non costituisce quindi un elemento dell'illecito nel *merito*, ma si risolve in un "*canone procedurale di ammissibilità del controllo internazionale*"¹¹, incidendo esclusivamente sulla possibilità della vittima di adire i sistemi di giustizia sovranazionale. Tuttavia, sempre nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani¹², si è progressivamente sviluppata l'idea che l'efficacia del coordinamento tra i diversi livelli di tutela dei diritti - sovranazionale e nazionale - non potesse dipendere dal *solo* rispetto delle condizioni di ricevibilità a tutela del carattere sussidiario dei sistemi di giustizia sovranazionale, ma che ciò dovesse essere accompagnato necessariamente dall'impegno degli Stati a mettere in atto misure volte al riconoscimento e alla tutela giurisdizionale dei diritti umani¹³.

⁸ Per una ricostruzione della regola di cui all'art. 35, par. 1 CEDU si vedano R. PISILLO MAZZESCHI, *Commento all'art. 35*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 579 ss. e C. PITTEA, *Art. 35 – Condizioni di ricevibilità*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 658 ss.

⁹ Sul contenuto e sull'evoluzione della regola nel diritto internazionale diffusamente R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.

¹⁰ Sulla regola dell'esaurimento dei rimedi interni di giudizio quale elemento del principio di sussidiarietà si vedano J. P. COSTA, *The Relationship between the European Court of Human Rights and the national courts*, in *European Human Rights Law Review*, 267 e A. VON STADEN, *Democratic legitimacy of judicial review beyond the state: normative subsidiarity and judicial standards of review*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, n. 4, 2012, 15. Oltre alla regola di cui all'art. 35, par. 1, la dottrina ha individuato quali elementi del principio di sussidiarietà nel sistema convenzionale anche il c.d. margine di apprezzamento su cui v. ancora A. VON STADEN, *ivi*, 18 ss. Inoltre, vi è chi sottolinea come il principio di sussidiarietà non si risolva solo nel rapporto tra la Corte EDU e i giudici nazionali, ma anche nella relazione tra il Consiglio di Europa e la Corte EDU su cui si veda F. DE LONDRAS, *Dual functionality and the persistent frailty of the European court of human rights*, in *European human rights Law Review*, 2013, 44 ss.

¹¹ A. DI STEFANO, *Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Catania, 2009, 150.

¹² Sul principio di sussidiarietà quale principio strutturale del diritto internazionale dei diritti umani si veda su tutti P. G. CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, 2003, 38 ss.

¹³ Non è un caso che sin dalla giurisprudenza più risalente della Corte EDU il principio di sussidiarietà abbia trovato fondamento nel combinato disposto degli artt. 1 (obbligo di

Proprio in tale ottica, la dottrina è giunta ad individuare due funzioni specifiche della regola del previo esaurimento dei rimedi interni: a) la prima, di carattere negativo, obbliga le Corti sovranazionali a non esaminare ricorsi, senza il previo esperimento di tutte le vie di giudizio interne; b) la seconda, di carattere positivo, impone agli Stati di prevedere rimedi giurisdizionali effettivi e idonei a porre fine alla violazione dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale¹⁴.

Di conseguenza, la regola dell'esaurimento dei rimedi interni nella sua accezione negativa può operare pienamente e rigidamente, quale condizione di ricevibilità del ricorso, solo nel caso in cui lo Stato dimostri l'esistenza nell'ordinamento interno di rimedi giurisdizionali effettivi volti a sanare la violazione delle norme sovranazionali denunciata dal ricorrente.

Tale interpretazione è stata fatta propria dalla giurisprudenza della Corte EDU che, nell'esaminare le condizioni di ricevibilità relative al previo esaurimento dei rimedi interni, costantemente aggancia l'art. 35, par. 1 CEDU al diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 13 CEDU¹⁵. Più specificamente, la

rispettare i diritti dell'uomo), 13 (Diritto ad un ricorso effettivo) e 35, par. 1 CEDU (condizioni di ricevibilità) cfr. *ex multis* C. EDU, Grande Camera, *Kudla c. Polonia* (ricorso n. 30210/96), 26 ottobre 2000 e C. EDU, *Cocchiariella c. Italia*, (ricorso n. 64886/01), 26 marzo 2006. È noto che il principio di sussidiarietà ha poi trovato riconoscimento nella dichiarazione di Interlaken del 19 febbraio 2010 e nella dichiarazione di Brighton del 19 e 20 aprile 2012, le quali hanno condotto all'approvazione del Protocollo n. 15 ad opera del quale è stato inserito nel preambolo della Convenzione europea il riferimento esplicito al predetto principio. Una simile evoluzione del principio di sussidiarietà nel sistema convenzionale ha indotto l'attuale Vice Presidente della Corte europea, Robert Spano, a definire la fase attuale della giurisprudenza di Strasburgo "Age of subsidiarity" mirando la Corte, mediante le proprie decisioni, a fornire criteri idonei a guidare le autorità nazionali nell'applicazione della Convenzione a livello domestico v. R. SPANO, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, 2014, 487. Sull'evoluzione del principio di sussidiarietà nel sistema convenzionale meritano di essere segnalati gli studi di H. PETZOLD, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in R. ST. J. MACDONALD - F. MATSCHER - H. PETZOLD (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, 42; più recentemente A. MOWBRAY, *Subsidiarity and the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2015, 313 ss. e R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 473 ss.

¹⁴ Sulla doppia funzione negativa e positiva della regola dell'esaurimento dei rimedi interni su tutti R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni*, cit., 49 ss.

¹⁵ Sulla stretta relazione tra il principio di sussidiarietà e l'art. 13 della Convenzione E. MALFATTI, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 105 evidenzia come il sistema convenzionale si ponga "in ottica di intervento soltanto successivo all'eventuale azione "fallimentare" dei giudici" nazionali. Sullo stesso tema M. KUIJIER, *The Right to a Fair Trial and the Council of Europe's Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings*, in *Human Rights Law Review*, 2013, 785 ss.

Corte afferma che la regola dell'esaurimento dei rimedi interni “*si basa sull'ipotesi, oggetto dell'articolo 13 della Convenzione - e con il quale essa presenta strette affinità -, che l'ordinamento interno offra un ricorso effettivo per quanto riguarda la violazione allegata*” (C. EDU *Scoppola c. Italia* 2, 2009)¹⁶.

Ne discende che la Corte di Strasburgo, nell'esaminare le questioni preliminari non si limita a operare un filtro di ricevibilità sulla base dell'avvenuto esaurimento dei giudizi interni, ma compie un esame di compatibilità tra i rimedi interni con i parametri *di merito*, ed in particolare con l'art. 13 CEDU¹⁷. Già in questa fase la Corte europea, al fine di valutare l'effettività del rimedio interno *ex art. 13 CEDU*¹⁸, verifica se quest'ultimo sia adeguato - sia cioè “*in grado di offrire un rimedio concreto alle doglianze censurate, con una ragionevole prospettiva di successo*”¹⁹ - e accessibile - ovvero se non sussistano a livello interno ostacoli di natura giuridica o pratica al suo espe-

¹⁶ Più precisamente, il ricorrente deve rispettare la regola dell'esaurimento delle vie interne - facendo “*uso normale*” dei rimedi ordinari sino all'ottenimento di una decisione avverso la quale non sia più possibile alcuna impugnazione (c.d. esaurimento verticale) e invocando almeno in sostanza la violazione dei propri diritti convenzionali davanti alle giurisdizioni nazionali (c.d. esaurimento orizzontale), solo nel caso in cui l'ordinamento interno offra un ricorso effettivo per quanto riguarda la violazione allegata, *ex art. 13 CEDU*. Sull'esaurimento verticale e orizzontale *ex multis* cfr. C. EDU, Grande Camera, *Scoppola c. Italia* (n. 2), (ricorso n. 10249/03), 17 settembre 2009, par. 68 e 69.

¹⁷ Ciò risulta evidente in quei casi in cui la Corte ravvisa “*uno stretto legame*” tra l'esame dell'esperimento dei rimedi e “*la fondatezza dei motivi di ricorso formulati dai ricorrenti sotto il profilo di cui all'art. 13*” tale da indurla a riunire l'esame della condizione di ricevibilità al merito dei motivi di ricorso cfr. C. EDU, *Hirsi Jamaa e Altri c. Italia*, GC, (ricorso n. 27765/09), 23 febbraio 2012, par. 62.

¹⁸ L'effettività dei rimedi *ex art. 13 CEDU* diviene quindi essa stessa elemento tale da incidere sulla ricevibilità e, dunque, sulla competenza, o meno, della Corte europea ad esaminare il ricorso. Sulla valutazione dell'effettività dei rimedi interni operata dalla Corte EDU *ex art. 13 CEDU* si vedano su tutti A. PERTICI - R. ROMBOLI, *Art. 13. Diritto ad un ricorso effettivo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., 377 ss.; M. KUIJIER, *The Right to a Fair Trial*, cit., 785 ss. Per una ricostruzione delle caratteristiche concrete che il rimedio interno deve presentare per essere considerato effettivo *ex art. 13 CEDU* è utile consultare la guida pubblicata sul sito del Consiglio di Europa *Guide to good practice in respect of domestic remedies*, adottata dal Comitato dei ministri il 18 settembre 2013 la quale oltre a indicare le caratteristiche generali dei rimedi interni *ex art. 13 CEDU*, evidenzia le specifiche caratteristiche che un rimedio deve possedere in presenza di determinate violazioni convenzionali. Inoltre, la stessa guida indica i requisiti richiesti al fine di considerare i giudizi di costituzionalità nazionali quali rimedi effettivi su cui *infra* nota 37. Sul diverso profilo attinente al giusto processo, riguardante quindi le valutazioni della Corte EDU in relazione all'art. 6 CEDU, si veda N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, 95 ss.

¹⁹ *Ex multis* C. EDU, Grande Camera, *Scoppola c. Italia* (n. 2), (ricorso n. 10249/03), 17 settembre 2009.

rimento²⁰. Adeguatezza e accessibilità dei rimedi non sono indagate solo 'in astratto', ma esse sono analizzate 'in concreto' alla luce di diversi elementi che possono influire sulla stessa effettività del rimedio²¹, quali "il contesto giuridico e politico" di riferimento, la "situazione personale del ricorrente", "gli ostacoli giuridici e pratici"²² all'esperienza dei rimedi giurisdizionali nell'ordinamento nazionale, o ancora dai parametri che di volta in volta vengono in rilievo (e.g. art. 3 CEDU)²³.

²⁰ C. PITEA, *Art. 35 – Condizioni di ricevibilità*, cit., 661.

²¹ Quale esempio della valutazione in concreto operata dalla Corte EDU in relazione al requisito dell'adeguatezza è possibile richiamare il noto caso C. EDU, Seconda Sezione, *Torreggiani c. Italia*, (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), 8 gennaio 2013. In questo caso, la Corte europea ritiene che i ricorrenti "non siano quindi tenuti ad esaurire i rimedi segnalati dall'eccezione del Governo prima di adire la Corte", in considerazione del fatto che il rimedio segnalato dal Governo - il reclamo al magistrato di sorveglianza - non è adeguato "nella pratica", vale a dire inidoneo a "impedire il protrarsi della violazione denunciata e assicurare ai ricorrenti un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione" cfr. par. 55. La Corte sembra prescindere da qualsiasi valutazione sulla vincolatività delle decisioni della magistratura di sorveglianza nell'ordinamento italiano, osservando come nei fatti "le autorità penitenziarie italiane non siano in grado di eseguire le decisioni dei magistrati di sorveglianza e di garantire ai detenuti condizioni detentive conformi alla Convenzione", cfr. par. 54. Pare interessante segnalare che ricorsi presentati 'in via diretta' e giudicati dalla Corte EDU, solo dopo l'introduzione da parte del legislatore italiano di previsioni volte a rimediare al sovraffollamento carcerario come indicato dalla decisione *Torreggiani*, siano stati dichiarati irricevibili dalla stessa Corte per mancato esaurimento dei rimedi interni di giudizio cfr. C. EDU, Seconda Sezione, *Stella e altri c. Italia*, (ricorso n. 49169/09), 25 settembre 2014 e C. EDU, Seconda Sezione, *Rexhepi e altri c. Italia*, (ricorso n. 47180/10), 25 settembre 2014 con nota di A. MARTUFI, *La Corte Edu dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 cedu senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2014.

²² Ad esempio, nel caso *Cordella e altri c. Italia*, 2019 la Corte europea ha considerato ostacolo giuridico all'accesso alla giustizia tale da rendere ineffettivo il rimedio previsto dal d.l. n. 152 del 2006 poiché quest'ultimo consente "solo al Ministero dell'Ambiente di chiedere riparazione del pregiudizio ecologico mentre i privati possono soltanto invitarlo ad adire le autorità giudiziarie", cfr. par. 126. In riferimento agli ostacoli pratici nell'accesso alla giustizia si veda, fra le tante, la pronuncia C. EDU, *Hirsi Jamaa e Altri c. Italia*, GC, (ricorso n. 27765/09), 23 febbraio 2012 mediante la quale la Corte europea ha dichiarato ammissibile il ricorso 'diretto' stante l'ineffettività dei ricorsi avverso il respingimento, così come previsti dall'ordinamento italiano, in ragione dell'assenza di informazioni adeguate in merito all'esistenza del predetto rimedio da parte dell'autorità competenti.

²³ Un parametro che viene talvolta in rilievo nelle eccezioni preliminari è il divieto di trattamenti disumani e degradanti (art. 3 CEDU). In questi casi la Corte EDU effettua una verifica ancora più accurata e stringente riguardo all'effettività del rimedio interno disponibile che deve mirare ad una "tutela diretta ed appropriata" cfr. C. EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e Altri c. Italia*, (ricorso n. 27765/09), 23 febbraio 2012; C. EDU, Seconda Sezione, *Torreggiani e altri c. Italia*, (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09,

Proprio a seguito di un simile esame ‘concreto’, la Corte EDU può arrivare a ritenere che “*la regola dell’esaurimento delle vie di ricorso interne debba essere applicata con una certa elasticità e senza eccessivi formalismi*”, poiché “*alcune particolari circostanze possono dispensare il ricorrente dall’obbligo di esaurire le vie di ricorso interne per lui disponibili*” (C. EDU, *Scopola c. Italia* 2, 2019”).

La logica sottesa all’interpretazione “*flessibile*” della condizione di ricevibilità di cui all’art. 35, par. 1 CEDU operata dalla Corte europea EDU pare chiara: garantire l’effettiva tutela dei diritti convenzionali che, mediante un’applicazione rigida della regola, rischierebbero di non trovare giustizia negli ordinamenti nazionali.

Non appare, invece, altrettanto agevole ricostruire con precisione quali siano le “*circostanze particolari*” che muovono la Corte verso l’interpretazione “*flessibile*” della predetta regola.

L’analisi della giurisprudenza della Corte EDU effettuata, infatti, sembra mettere in luce la varietà e la diversità delle “*circostanze*”, utilizzate dalla Corte per ritenere, o meno, soddisfatta la regola dell’esaurimento delle vie interne.

Più precisamente, dalla lettura delle questioni preliminari delle pronunce del Giudice di Strasburgo, sembra emergere come la Corte EDU, al fine di dichiarare ricevibile un ricorso senza il previo esperimento dei rimedi interni, lungi dal ragionare su uno schema predefinito di regola/eccezione, gioca - in forza del combinato disposto degli artt. 35, par 1 e 13 CEDU - sull’interpretazione “*flessibile*” della regola in esame.

Inoltre, quest’ultima parrebbe essere interpretata in maniera più o meno elastica in ragione delle “*circostanze particolari*” del caso di specie e in relazione alla valutazione dell’effettività del rimedio interno ex art. 13 CEDU, la quale dipende a sua volta dall’analisi “*del contesto*”, “*della prassi*” degli “*ostacoli giuridici*” e “*pratici*” presenti nell’ordinamento interno, o ancora dai parametri che di volta in volta vengono in rilievo (e.g. art. 3 CEDU)²⁴.

La difficoltà di reperire canoni ermeneutici chiari e precisi non solo rende arduo per l’interprete ricostruire le circostanze in base alle quali la Corte europea dichiara ricevibile un ricorso pur in assenza dell’esperimento dei

35315/10 e 37818/10), 8 gennaio 2013. Sulle specifiche caratteristiche che deve presentare il rimedio interno di fronte a determinate violazioni di parametri convenzionali cfr. ancora *Guide to good practice in respect of domestic remedies*, cit., 15 ss.

²⁴ Ciò sembra confermato anche dalle riflessioni del Vice Presidente della Corte EDU, Robert Spano, il quale pur ritenendo, come già evidenziato, che la giurisprudenza della Corte EDU si trovi oggi nell’era della sussidiarietà (c.d. “*age of subsidiarity*”), precisa che nell’esame dell’eccezione sul mancato esaurimento dei rimedi interni “*the Court will not apply here a rigid and inflexible standard, but will necessarily take account of the nature of the alleged violation made, the status of the applicant and the factual background at national level*” v. R. Spano, *The Future of the European Court of Human Rights*, cit., 487.

rimedi interni di giudizio, ma potrebbe potenzialmente consentire un'espansione di tale tendenza²⁵.

Ai fini della presente indagine è ora necessario comprendere se la Corte EDU adotti il medesimo schema di ragionamento anche nei casi che hanno ad oggetto la violazione dei parametri convenzionali da parte della *legge* o di un'*omissione legislativa*.

3. La 'neutralizzazione' della regola nei ricorsi riguardanti una legge o un'omissione legislativa

Occorre ora comprendere se l'approccio appena descritto, che muove la Corte EDU, verso l'interpretazione "*flessibile*" della regola dell'esaurimento dei rimedi, si rinvenga anche in quei casi in cui la violazione dei diritti convenzionali derivi da una legge o da un'omissione legislativa²⁶.

A tal fine, si ritiene utile procedere all'analisi delle pronunce in cui la Corte europea ha dichiarato ricevibili ricorsi, promossi contro l'Italia, 'in via diretta' o senza il completo esperimento dei rimedi interni, ponendo l'attenzione, in primo luogo, sulle argomentazioni del Governo volte a dimostrare, in sede preliminare, l'irricevibilità del ricorso ed, in secondo luogo, sulle valutazioni delle Corte EDU svolte in risposta alle eccezioni governative.

Nei casi in cui viene in rilievo la violazione dei diritti convenzionali da parte di una *legge* o di un'omissione legislativa il Governo sembra ripetere a sostegno dell'irricevibilità del ricorso sempre la stessa tesi: a) in primo luogo, segnala alla Corte i giudizi comuni interni che i ricorrenti avrebbero potuto esperire; b) in secondo luogo, fa presente alla Corte EDU come i ricorrenti avrebbero potuto presentare, nell'ambito di un giudizio interno, incidente di

²⁵ Ritiene al contrario che la dichiarazione di ricevibilità dei ricorsi 'in via diretta' rappresenti "un'eccezione dettata dalla necessità di garantire una tutela tempestiva agli interessi in gioco" C. MASCIOTTA, *Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018.

²⁶ La dottrina si è interrogata intorno ai limiti della legittimazione della Corte EDU a giudicare casi in cui la violazione di parametri convenzionali derivi da una legge, quale atto espressione del principio di sovranità statale. Sul punto si vedano diffusamente gli studi di A. DONALD – P. LEACH, *Parliaments and the European Courts of Human Rights*, Oxford, 2016, 113 i quali indagano in particolare il rapporto tra la Corte europea e i Parlamenti nazionali, con specifico riguardo all'ordinamento tedesco, olandese, del Regno Unito e del Belgio. Sul tema si vedano inoltre J.E. HELGESEN, *What are the Limits of the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights?* (2012), in *Human Rights Law Journal*, 275 e ancora R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights*, cit., 489 secondo il quale alcuni casi recenti tra cui *Parrillo c. Italia* dimostrano la tendenza della Corte a valutare "*whether the national parliament, in enacting primary legislation which adversely affects Convention rights, has openly and in good faith engaged in the balancing of conflicting interests*".

costituzionalità ex art 23 l. n. 87 del 1957, in riferimento all'art. 117, comma 1 Cost. e ai presunti diritti convenzionali violati (o parametri interni corrispondenti).

Da questo ultimo punto di vista, è importante ricordare che, nel caso *Parrillo c. Italia*²⁷, il Governo non si è limitato a far riferimento all'istanza ex art 23 l. n. 87 del 1957 come mera possibilità eventuale a disposizione delle parti, ma ha fatto presente alla Corte EDU come la stessa norma, presumibilmente lesiva dei diritti della ricorrente, fosse già oggetto di una questione di costituzionalità pendente davanti alla Corte costituzionale italiana e che, quindi, a maggior ragione i rimedi interni non potessero ritenersi esauriti²⁸.

Da parte sua, la Corte europea sembra rispondere alle eccezioni del Governo sul mancato esaurimento delle vie interne di giudizio seguendo, in tutti casi, lo stesso schema di ragionamento, operando una valutazione, dapprima, sui rimedi interni comuni ed, in un secondo momento, sul giudizio di costituzionalità

Riguardo alla prima delle predette valutazioni, la Corte EDU evidenzia come, di fronte ad una violazione di parametri convenzionali da parte di una legge o di un'omissione legislativa, i rimedi comuni interni non possono ritenersi adeguati.

Nella prima ipotesi, concernente i casi di violazione di parametri convenzionali da parte di una legge, la Corte EDU osserva come i giudici non possano far altro che applicare la previsione o il divieto legislativo contestato dai ricorrenti. Qualsiasi rimedio giurisdizionale è quindi in questo caso inadeguato poiché, utilizzando le parole della stessa Corte: “*non si può rimproverare validamente ai ricorrenti di non avere presentato una domanda volta ad ottenere una misura che è vietata in maniera assoluta dalla legge*” (C. EDU, *Costa-Pavan c. Italia*, 2012²⁹).

²⁷ La pronuncia è stata diffusamente commentata in dottrina. Per un esame nel merito della pronuncia si vedano le considerazioni di V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 3/2015. Per un'analisi dei profili processuali che in questa sede maggiormente interessano attinenti alla ricevibilità del ricorso si vedano M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali?* cit., 2015; B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le “sentenze gemelle” (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 3/2015, 617 ss.; G. SORRENTI, *Questione di legittimità costituzionale e previo esaurimento dei rimedi interni dopo la sent. n. 49/2015 (in margine a Corte Edu, 27 ago. 2015, caso Parrillo)*, in *Consultaonline*, 2015.

²⁸ Per una ricostruzione approfondita delle argomentazioni presentate dal Governo nell'eccezione sul mancato previo esaurimento dei rimedi interni nel caso *Parrillo c. Italia* si veda B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale*, cit., 618.

²⁹ C. EDU, Seconda Sezione, *Costa e Pavan c. Italia* (ricorso n. 54270/10), 28 agosto 2012, par 38. A sostegno dell'ammissibilità del ricorso, la Corte EDU rileva altresì che l'ordi-

Nella seconda ipotesi, concernente i casi di violazione di parametri convenzionali da parte di un'omissione legislativa, la Corte di Strasburgo prende atto del fatto che nessun giudice interno può colmare la lacuna legislativa (C. EDU, *Cordella c. Italia*, 2019³⁰), lamentata dai ricorrenti.

Una volta valutati i rimedi comuni, segnalati nell'eccezione governativa, la Corte europea sposta l'attenzione sul giudizio di costituzionalità nell'ordinamento italiano, osservando come quest'ultimo non possa ritenersi, secondo giurisprudenza consolidata, rimedio effettivo *ex art. 13 CEDU* poiché *“la persona sottoposta alla giustizia non gode di un accesso diretto alla Corte costituzionale: in effetti, soltanto una giurisdizione che esamina il merito di una causa ha la facoltà di adire questa alta giurisdizione”*. Si ritiene interessante sottolineare come l'inciso appena riportato, relativo all'inaccessibilità del sistema di giustizia costituzionale italiano, sia ripreso da un caso del 1989 (C. EDU, *Brozicek c. Italia*, 19.12.1989) e ripetutamente citato nel testo delle eccezioni preliminari sul mancato esaurimento dei rimedi interni³¹.

nanza del Tribunale di Salerno n. 12474/2009 del 9 gennaio 2010 che aveva riconosciuto ad una coppia l'accesso alla diagnosi pre-impianto *“è stata pronunciata da un giudice di primo grado, non è stata confermata da un organo di grado superiore ed è solo una decisione isolata”* cfr. par. 38. A commento sui profili che qui maggiormente interessano concernenti la ricevibilità del ricorso E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2012, 2 ss. che ritiene *“non del tutto inatteso, in primo luogo, il fatto che la Corte non appunti la propria attenzione sui profili di ricevibilità del ricorso, per non avere i ricorrenti prima esperito (ed esaurito) i rimedi interni”*. Sempre su questi profili si vedano C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2013, 3 ss.; C. MASCIOTTA, *Il ricorso “diretto” a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 Cedu*, cit., 9; F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2013, 5 ss.

³⁰ C. EDU, Seconda sezione, *Cordella e altri c. Italia*, (ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), 24 gennaio 2019, par. 123, nella quale i ricorrenti lamentano l'assenza di misure legislative e amministrative adeguate a tutelare il lo diritto all'ambiente salubre a fronte delle emissioni della società Ilva di Taranto. A commento S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2019 che approfondisce i profili di ricevibilità del ricorso a pagina 139 ss. Nello stesso senso C. EDU, Quarta Sezione, *Oliari e altri c. Italia*, (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11), 21 luglio 2015, C. EDU, Prima Sezione, *Azzolina e altri c. Italia*, (ricorsi nn. 28923/09 e 67599/10), 26 ottobre 2017 prevalentemente sui profili di merito si segnalano su tutti i commenti di M. D'AMICO, *Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *Genius*, 2/2015 e C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3 settembre 2015.

³¹ Sono molteplici le pronunce in cui la Corte europea definisce il giudizio di costituzionalità in via incidentale quale rimedio non effettivo *ex multis* C. EDU, *Brozicek c. Italia*,

Stante l'assenza di ricorso diretto nel sistema italiano, il Giudice di Strasburgo non sembra in alcun modo indagare ulteriormente la sussistenza 'in concreto' dei requisiti dell'accessibilità e dell'adeguatezza, richiesti dall'art. 13 CEDU.

Con riferimento all'accessibilità del rimedio, infatti, la Corte europea non pare verificare, ad esempio, se è presentata istanza di parte di sollevamento della questione di costituzionalità *ex art. 23, l. n. 87 del 1957*; se quest'ultima, coerentemente con la regola del c.d. esaurimento orizzontale, evidenzia le medesime doglianze, almeno in sostanza, portate all'attenzione del giudice sovranazionale; se quest'ultima sia presa in considerazione del giudice nazionale e se, a sua volta, quest'ultimo giudice sollevi la relativa questione di costituzionalità³².

Ci si potrebbe chiedere se la Corte europea possa giungere alle medesime conclusioni, affermando quindi l'incoerenza del giudizio di costituzionalità interno con l'art. 13 CEDU, anche se si trovi di fronte ad un caso in cui il ricorrente a Strasburgo - allo stesso momento parte di un procedimento

(ricorso n. 10964/84), 19 dicembre 1989, par. 34; C. EDU, *Immobiliare Saffi c. Italia* (ricorso n. 22774/93), 28 luglio 1999; C. EDU, Seconda Sezione, *M.C. e altri c. Italia*, (ricorso n. 5376/11), 3 settembre 2013, par. 47; C. EDU, Grande Camera, *Scoppola c. Italia* (n. 2), 17 settembre 2009, par. 71; C. EDU, Grande Camera, *Parrillo c. Italia*, (ricorso n. 46470/11), par. 101; C. EDU, Seconda Sezione *Cordella e altri c. Italia*, ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), 24 gennaio 2019, par. 125. La Corte europea ha, inoltre, ribadito l'ineffettività del sistema di giustizia costituzionale nell'ordinamento italiano con particolare riferimento al conflitto di attribuzione tra poteri in numerose pronunce rese a seguito di ricorsi proposti nell'ambito di vicende relative all'istituto dell'insindacabilità, di cui all'art. 68, comma 1 Cost. cfr. in particolare C. EDU, Seconda sezione, *Onorato c. Italia*, (ricorso n. 26218/06), 24 maggio 2011 nella quale la Corte precisa che "obbligare i ricorrenti a riprendere un procedimento di primo grado per poi interporre appello avverso la sentenza, unicamente allo scopo di chiedere al giudice di secondo grado di sollevare un nuovo conflitto tra poteri dello Stato in presenza di una decisione negativa di un giudice supremo, equivaleva a imporre loro di ricorrere ad artifici procedurali, le cui possibilità di successo sembravano inesistenti. Secondo la Corte, ciò è contrario all'uso «normale» dei ricorsi interni richiesto dall'articolo 35 § 1 della Convenzione" e nello stesso senso C. EDU, Prima sezione, *Patrono Cascini e Stefanelli c. Italia* (ricorso n. 10180/04), 20 aprile 2006. L'inaccessibilità del conflitto di attribuzione è ribadita anche in C. EDU, Seconda Sezione, *CIGL e Cofferati c. Italia*, (ricorsi 46967/07), 24 febbraio 2009, par. 48; C. EDU, Grande Camera, *CIGL e Cofferati c. Italia* (n. 2), (ricorso n. 10249/03), 17 settembre 2009, par. 37. Su queste pronunce e sul delicato rapporto tra la ricevibilità dei predetti ricorsi alla Corte EDU e il giudizio di attribuzione cfr. C. PADULA, *L'applicazione del principio di proporzionalità nelle decisioni della Corte europea sull'insindacabilità dei parlamentari italiani*, in www.forumcostituzionale.it, 10 novembre 2012 e ID., *Insindacabilità parlamentare e ricorsi alla corte europea senza previo esaurimento dei rimedi interni*, in *Consultaonline*, 24 ottobre 2012.

³² Nel caso C. EDU, Prima Sezione, *Viola c. Italia* (N. 2), (ricorso n. 77633/16), 13 giugno 2019, la Corte europea dà atto nell'esposizione dei fatti (non già nelle questioni sulla ricevibilità del ricorso) che il ricorrente aveva presentato, ben due volte, istanza di sollevamento della questione di costituzionalità sull'art. 4 bis della legge sull'Ordinamento penitenziario.

interno concernente le medesime violazioni denunciate in sede sovranazionale - abbia presentato istanza di promovimento della questione e il giudice del predetto procedimento abbia poi sollevato la stessa davanti alla Corte costituzionale. In linea teorica, la Corte EDU potrebbe mantenere ferma la propria posizione, anche in caso di sollevamento della questione di costituzionalità, poiché è proprio l'interposizione di un soggetto terzo nell'accesso alla giustizia a rendere, nel ragionamento della stessa Corte, un rimedio giurisdizionale inaccessibile.

Allo stesso modo la Corte europea non sembra accertare l'adeguatezza³³ del sistema di giustizia costituzionale italiano, salvo un richiamo - operato nella decisione resa a seguito del caso *Parrillo c. Italia* - all'ineffettività del c.d. sistema gemelle incapace - secondo il Giudice sovranazionale - di vivere nella "prassi giudiziaria consolidata". Queste considerazioni generali sono forse servite alla Corte europea, come rilevano alcuni autori, per criticare la tendenza all'accentramento della Corte costituzionale - a quel tempo dimostrata dai principi espressi dalla sentenza n. 49 del 2015³⁴ e dall'inclinazione del Giudice

³³ Pur non avendo alcun peso nella valutazione della Corte EDU, si osserva come le sentenze di illegittimità costituzionale della Corte costituzionale italiana sono ritenute dal Comitato dei Ministri quali misure generali idonee a porre fine alle violazioni accertate in sede di condanna. In questo senso si veda la risoluzione resa a seguito della decisione sul caso *Costa e Pavan c. Italia*, 2012, in cui Comitato dei Ministri ritiene di poter concludere positivamente la procedura di controllo sull'esecuzione della predetta pronuncia in ragione, fra l'altro, dell'intervenuta sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015 che, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. art. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 "ha messo fine al problema dell'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di procreazione medicalmente assistita constatato" cfr. *Résolution finale CM/ResDH(2016)276*, adottata dal Comitato dei Ministri il 21 settembre 2016 e *Communication de l'Italie concernant l'affaire Costa et Pavan contre Italie* (Requête n° 54270/10).

³⁴ Osserva criticamente la Corte EDU come con la sent. n. 49 del 2015 la Corte costituzionale abbia voluto definire "la posizione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte nell'ordinamento giuridico interno", invitando i giudici "a conformarsi alla giurisprudenza della Corte soltanto se essa era "consolidata" o espressa in una "sentenza pilota" cfr. par. 100. Parzialmente concordante l'opinione dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov i quali non condividono "interamente il ragionamento della Grande Camera riguardo al rigetto dell'eccezione sollevata dal Governo del mancato esaurimento delle vie di ricorso interne" poiché, da un lato, ritengono convincente la tesi del Governo sul mancato esaurimento dei rimedi interni di giudizio in base alla quale "se il giudice del merito avesse ritenuto che esistesse un conflitto insormontabile tra la sua interpretazione della legislazione e i diritti rivendicati dalla ricorrente, avrebbe dovuto sollevare una questione di legittimità costituzionale" (cfr. par. 3) , ma d'altro lato, i giudici decidono di aderire alla decisione della maggioranza che ha rigettato l'eccezione governativa adducendo quale "unico motivo" "lo sviluppo avvenuto nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, avente la forma della sentenza n. 49 depositata il 26 marzo 2015" cfr. par. 8. Secondo B. RANDAZZO l'opinione concorrente appena richiamata potrebbe rappresentare "un'apertura di grande rilevanza sul piano dei rapporti tra le due Corti" inducendo la stessa Autrice a ritenere che "se

delle leggi a dichiarare assorbiti i parametri sovranazionali³⁵ - ma non sembrano aggiungere nulla in più sulla valutazione specifica dell'effettività del giudizio di costituzionalità ex art. 13 CEDU. Tanto è vero che, anche nel caso *Parrillo c. Italia*, la Corte EDU conclude l'ampio ragionamento sul sistema di giustizia costituzionale italiano affermando: “in ogni caso...nell'ordinamento giuridico italiano i litiganti non hanno il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale; conseguentemente tale ricorso non può essere un rimedio di cui è richiesto l'esaurimento ai sensi della Convenzione”³⁶.

È quindi la mancanza del ricorso diretto in sé a rendere il nostro giudizio di costituzionalità inaccessibile e quindi ineffettivo³⁷. Tanto basta, nella logica della Corte EDU, per dichiarare il ricorso ricevibile, nonostante non siano

la Corte costituzionale nel marzo scorso non avesse adottato una siffatta discutibile pronuncia (C. cost. sent. n. 49 del 2015), la Corte europea oggi sarebbe probabilmente pervenuta ad una dichiarazione di irricevibilità per mancato previo esaurimento dei rimedi interni” cfr. ID., *Sussidiarietà della tutela convenzionale*, cit., 620 e 621. Nello stesso senso C. MASCIOTTA, *Il ricorso “diretto” a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 Cedu*, cit., 16.

³⁵ La Corte europea osserva come la Corte costituzionale abbia esaminato “il divieto di fecondazione eterologa “soltanto alla luce degli articoli della Costituzione in discussione (vale a dire gli articoli 2, 31 e 32)” pur essendo quest'ultima decisione stata assunta “a seguito dell'ordinanza n. 150 del 22 maggio 2012 che rimetteva la questione ai giudici a quibus al fine di rivalutare la questione alla luce della “sopravvenuta sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria” (par. 95). In generale, sulla tendenza della Corte a dichiarare assorbiti parametri convenzionali privilegiando parametri interni 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*, n. 4/2017 e criticamente E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 gennaio 2017.

³⁶ V. par. 101.

³⁷ A contrario si possono richiamare le decisioni in cui la Corte EDU ha dichiarato irricevibili ricorsi per mancato esperimento del giudizio di costituzionalità, ove sia previsto il ricorso individuale cfr. C. EDU, Quarta Sezione, *Karsai c. Hungary*, (ricorso 22172/14), 4 giugno 2019. La decisione è stata criticata in dottrina per l'assenza di una concreta valutazione da parte della Corte EDU sull'effettività del giudizio di costituzionalità ungherese che, pur riconoscendo il ricorso individuale, presenta “serious doubts concerning the CC's political independence” cfr. A. KADAR, *Another turn of the screw – further restrictions for Hungarian applications to the ECtHR*, in *Strasbourg Observers*, 4 giugno 2019. Per un'analisi delle caratteristiche che i giudizi di costituzionalità devono presentare per potersi considerare effettivi ex art. 13 CEDU cfr. nuovamente *Guide to good practice in respect of domestic remedies*, cit., 46 ss in cui si legge chiaramente che “to be considered an effective remedy, a constitutional complaint must be directly accessible by individuals”. Inoltre, lo stesso documento precisa che il ricorso individuale alle Corti costituzionali è effettivo ex art. 13 CEDU nel caso in cui queste ultime possano vantare determinate competenze, quali: “declare the existence of a violation; quash the impugned decision, measure or act; where the violation is due to an omission, order the relevant authority to take the necessary action; remit the case to the relevant authority for further proceedings, based on the findings of the constitutional court; order payment of compensation; and/or order restitutio in integrum”, cfr. ivi 49.

stati esperiti tutti i rimedi interni di giudizio ed, in alcuni casi, nonostante sia già stata sollevata questione di costituzionalità su una questione analoga.

Riperkorrendo in sintesi il ragionamento effettuato nelle pronunce analizzate, si evince che, secondo la Corte EDU, i giudici nazionali, davanti ad un'omissione del legislatore o ad una previsione legislativa, nulla possono se non: a) applicare la legge ritenuta lesiva dei parametri convenzionali, il che rappresenterebbe per ovvi motivi un rimedio non effettivo; b) sollevare questione di legittimità costituzionale *ex art. 117, par. 1 CEDU* che, tuttavia, costituisce un rimedio inaccessibile al singolo e come tale non richiesto ai fini del soddisfacimento della regola di cui all'*art. 35, par. 1 CEDU*.

Sembra, quindi, possibile sostenere che, nei casi in oggetto, l'interpretazione della regola dell'esaurimento dei rimedi interni non diviene più o meno elastica a seconda delle peculiarità del caso di specie, poiché la sola circostanza che pesa nel ragionamento della Corte EDU riguarda la valutazione dell'unico rimedio disponibile nell'ordinamento italiano per porre fine alla violazione dei diritti convenzionali da parte di una legge o di un'omissione legislativa – il giudizio di costituzionalità – che non può essere considerato rimedio effettivo *ex art. 13 CEDU*.

Ne discende che nelle ipotesi in oggetto, il ricorso diretto o senza esaurimento delle vie interne – purché rispetti le altre condizioni di ricevibilità e non sia manifestamente infondato – potrebbe astrattamente essere sempre e in ogni caso dichiarato ricevibile dalla Corte europea, indipendentemente dalle “*circostanze particolari*” del caso di specie.

Alla luce di quanto argomentato, si potrebbe arrivare a concludere che la regola dell'esaurimento dei rimedi interni, di cui all'*art. 35, par. 1 CEDU* possa ritenersi ‘neutralizzata’ di fronte a ricorsi riguardanti una legge o un'omissione legislativa³⁸.

³⁸ In questo senso anche A. DI STEFANO, *Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e principio di sussidiarietà*, cit., 179 che individua “*tra le possibili ipotesi di neutralizzazione della regola le misure legislative e le prassi amministrative contrarie alle garanzie convenzionali*”. Seguendo questo ragionamento, si ritiene che la ‘neutralizzazione’ della regola dell'esperimento dei rimedi interni possa assumere una valenza ancora più ampia se si considera che nel novero dei ricorsi dichiarati direttamente ricevibili potrebbero rientrare anche ricorsi riguardanti previsioni legislative per come esse vivono del diritto giurisprudenziale, nelle prassi amministrative e nei singoli atti esecutivi della legge stessa. In questo senso cfr. C. EDU, Grande Camera, *Immobiliare Saffi c. Italia*, (ricorsi n. 22774/93), 1999 in cui il ricorrente denunciava, fra l'altro, come la mancanza di una previsione legislativa che disciplinasse il diniego del Prefetto alla richiesta di assistenza della forza pubblica nelle procedure di sfratto precludesse l'accesso alla giustizia amministrativa. La Corte non contesta la mancata adozione dell'atto di diniego da parte del Prefetto, ma guarda direttamente alla legge interna in materia arrivando a concludere che “*Or, s'il est vrai que la société requérante aurait pu introduire un recours devant les juridictions administratives contre le refus du préfet de lui octroyer l'aide de la police, la Cour observe que ces juridictions n'auraient été compétentes que pour censurer les décisions du préfet*”.

4. Relazioni e contraddizioni tra i due tipi di giudizio

Sostenere che il ricorso ‘in via diretta’ alla Corte EDU, concernente una violazione convenzionale derivante da una legge o un’omissione legislativa, possa essere sempre dichiarato ricevibile, equivale a ritenere che, nelle predette ipotesi, il singolo sia sempre legittimato ad adire direttamente il Giudice sovranazionale in alternativa o parallelamente non solo ai rimedi comuni interni, ma potenzialmente anche al giudizio in via incidentale.

In primo luogo, ponendoci nella prospettiva del singolo, ove quest’ultimo ritenga che i propri diritti, come sanciti dalla CEDU, siano violati da un atto legislativo interno o da un’omissione legislativa, egli potrà: presentare nell’ambito di un giudizio interno istanza di sollevamento della questione di costituzionalità per violazione dell’art. 117, comma 1, in riferimento ai propri diritti convenzionali violati e/o ai parametri interni corrispondenti; oppure, ricorrere alla Corte europea ‘in via diretta’, senza esperire alcun rimedio interno di giudizio o, comunque, senza averli esauriti.

Tuttavia, si ritiene che il singolo possa prediligere il ricorso diretto alla Corte europea, piuttosto che tentare la via del giudizio in via incidentale ove: ritenga che il ricorso diretto alla Corte europea rappresenti nei fatti la via più ‘sicura per ottenere giustizia’ (*sub a*); consideri il ricorso diretto alla Corte EDU il rimedio più idoneo a porre fine alla violazione dei propri diritti, a seguito di specifiche scelte di strategia processuale (*sub b*).

In secondo luogo, potrebbe anche accadere - come verrà meglio illustrato in seguito (*sub c*) - che il singolo ricorra parallelamente, ‘in via diretta’ o senza il completo esaurimento dei rimedi interni, alla Corte europea, anche nel caso in cui sia stata sollevata questione di costituzionalità nell’ambito dello stesso giudizio in cui è parte o in altro giudizio concernente una vicenda analoga.

Infine, sarà necessario considerare che il complicato intreccio tra i rimedi - giudizio in via incidentale e ricorso diretto -, appena descritto, potrebbe determinare una ‘sovrapposizione’³⁹ non solo tra il giudizio davanti alla Corte europea e i giudizi comuni, ma anche tra il giudizio della Corte europea e quello della Corte costituzionale chiamate a pronunciarsi su questioni analoghe a seguito di vicende processuali parallele (*sub d*).

qui ne faisaient pas application des critères de priorité. (...) Dès lors, ne pouvant pas porter sur les critères de priorité eux-mêmes qui étaient en grande partie prescrits par la loi, le recours au tribunal administratif ne saurait passer pour un moyen efficace. Par ailleurs, le Gouvernement n’a pas fourni de précédents jurisprudentiels qui démontrent le contraire” cfr. par. 42..

³⁹ Come nota V. ZAGREBELSKY, è opportuno precisare che stante “*la diversità del ruolo delle Corti chiamate a decidere*” tra i giudizi della Corte costituzionale e quello della Corte EDU, pur in presenza di questioni del tutto analoghe, “*vi sono certo interconnessioni tra i due piani, ma è esclusa la loro piena sovrapposibilità*” v. ID., Parrillo c. Italia. *Il destino degli embrioni congelati*, cit., 609.

a) *Il ricorso diretto alla Corte EDU quale via più 'sicura' per porre fine alla violazione dei diritti convenzionali del singolo*

In alcuni casi il singolo individuo potrebbe considerare il ricorso diretto alla Corte EDU quale via più 'sicura' per ottenere giustizia rispetto alla violazione dei propri diritti convenzionali da parte di una legge o di un'omissione legislativa. Una scelta di questo genere potrebbe essere dovuta sia alle strutturali strettoie di accesso alla Corte costituzionale⁴⁰, proprie del giudizio in via incidentale, sia ai tradizionali limiti che il controllo di costituzionalità delle leggi incontra nei casi in cui venga in rilievo un'omissione legislativa.

Riguardo all'accesso alla Corte costituzionale, da un lato, la tipica funzione di filtro al sindacato di costituzionalità, attribuita nel nostro sistema al giudice *a quo*, potrebbe rappresentare agli occhi del singolo un ostacolo nell'accesso alla Corte, inducendolo a considerare il ricorso alla Corte EDU la via 'più sicura' per denunciare direttamente la violazione dei propri diritti⁴¹. Una simile situazione può tanto più verificarsi quando la parte di un procedimento interno si veda "*chiudere le porte del giudizio di costituzionalità*"⁴² a seguito di un'erronea valutazione dei presupposti della rilevanza e della

⁴⁰ R. ROMBOLI definisce "strettoie" al giudizio di costituzionalità quelle "situazioni e ipotesi in cui può risultare, per varie e differenti ragioni, più difficile portare una legge all'esame della Corte costituzionale" v. ID., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2015, 15. Ancora si potrebbe utilizzare il termine "zone d'ombra" del giudizio di costituzionalità che A. RUGGERI definisce "quei casi in cui il giudizio della Corte ha ugualmente modo di spiegarsi, pur lasciando per l'uno o per l'altro aspetto comunque insoddisfatte o, come che sia, non pienamente appagate talune aspettative di giustizia costituzionale (per una loro densa, esigente accezione)" v. ID., *Presentazione del Seminario*, in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Torino, 2006. Diffusamente sul tema dei limiti all'accesso alla Corte costituzionale P. CARROZZA, 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, Edizioni Scientifiche Italiane, 679 ss. Sulle problematiche più attuali connesse all'accesso alla Corte costituzionale si rinvia alle considerazioni svolte nell'ambito del Seminario dell'associazione Gruppo di Pisa, "Il sindacato accentratore di costituzionalità", tenutosi a Pisa il 25 ottobre 2019 di A. M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità* e M. TROISI, *Incidentalità e ruolo dei giudici a quibus*, pubblicate in questo volume.

⁴¹ In riferimento al caso *Costa e Pavan c. Italia*, 2012 C. NARDOCCI evidenzia come "la scelta dei ricorrenti di rivolgersi direttamente alla Corte Edu, al di là delle questioni in punto di ricevibilità del ricorso ex art. 35 CEDU, induce a riflettere a fronte di un'opzione che evidenzia le difficoltà insite nell'accesso al Giudice costituzionale e che finisce con il privilegiare un sistema di protezione dei diritti fondamentali di livello sovranazionale" v. ID., *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano*, cit., 2.

⁴² Così M. D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*, in A. CELOTTO. – N. ZANON. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004. La stessa Autrice riflette sul ruolo del giudice *a quo* in relazione ai diritti delle parti

non manifesta fondatezza⁴³. D'altro lato, il singolo potrebbe cercare giustizia in sede sovranazionale a causa di un possibile atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale che talvolta, come dimostrano alcune 'fasi' della giurisprudenza Costituzionale per quanto non più attuali⁴⁴, può "decidere di non decidere"⁴⁵, dietro lo schermo processuale dell'inammissibilità della questione⁴⁶.

In secondo luogo, dai casi analizzati, sembra evincersi come il singolo sia portato a prediligere la via del ricorso diretto alla Corte EDU, in quanto quest'ultimo costituisce ai suoi occhi la via più 'sicura' a porre fine alla violazione dei propri diritti causata dal mancato intervento del legislatore in un determinato settore⁴⁷.

Il ricorso alla Corte EDU consente, infatti, ai singoli di denunciare in via generale la "mancata adozione da parte dello Stato di misure (...) legislative"⁴⁸ adeguate a dare piena soddisfazione ai diritti convenzionali, potendo allo stesso tempo ben sperare di ottenere una pronuncia di condanna dello

nello studio Id., *Parti del processo a quo costituite e non costituite*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, 27 ss. Sempre su questi profili sia consentito il rinvio a C. SICCARDI, *L'ordinanza n. 209 del 2015: un'occasione per riflettere nuovamente sul ruolo delle parti private nel giudizio in via incidentale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 marzo 2016.

⁴³ Ad esempio, nel caso *Azzolina* in cui la Corte EDU ha dichiarato ricevibile il ricorso pur non essendo stati esperiti tutti i gradi di giudizio, la Corte di Strasburgo evidenzia come i giudici nazionali "respinsero l'eccezione di costituzionalità sollevata dal procuratore generale di Genova ritenendo che, in virtù dell'articolo 25 della Costituzione relativo al principio di riserva della legge, solo il legislatore poteva stabilire le sanzioni penali e definire l'applicazione di misure come la prescrizione e l'indulto", par. 71. Inoltre, sempre a titolo esemplificativo si potrebbe citare Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004 in materia di fecondazione assistita. A commento M. D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice?*, cit.

⁴⁴ Come dimostrano le riflessioni di A. M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità* e M. TROISI, *Incidentalità e ruolo dei giudici a quibus*, pubblicate in questo volume.

⁴⁵ Così A. PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in *Diritto & Giustizia*, 2005, n. 3.

⁴⁶ Un esempio anche se risalente potrebbe essere l'ordinanza della Corte costituzionale n. 389 del 2004 che ha dichiarato manifestamente inammissibile, per carenza dell'oggetto, la questione relativa l'obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. A commento ancora A. PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, cit.

⁴⁷ Sul delicato rapporto tra la Corte costituzionale e le omissioni legislative si veda in particolare lo studio recente di L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in A. S. BRUNO – L. CASSETTI (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore: le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, 2019, 1 ss.

⁴⁸ In questo senso C. EDU, Seconda Sezione, *Cordella e altri c. Italia*, ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), 24 gennaio 2019; nello stesso senso C. EDU, Quarta Sezione, *Oliari e altri c. Italia*, (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11), 21 luglio 2015, C. EDU, Prima Sezione, *Azzolina e altri c. Italia*, (ricorsi nn. 28923/09 e 67599/10), 26 ottobre 2017.

Stato (cfr. C. EDU, *Oliari c. Italia*, 2015; C. EDU *Azzolina c. Italia*, 2017; C. EDU *Cordella c. Italia*, 2019) non solo ad una soddisfazione economica, ma anche alla rimozione delle conseguenze della violazione convenzionale o, addirittura, ove ne sussistano le condizioni, nella condanna con c.d. procedura pilota indicante le misure generali volte a risolvere la strutturale lesione dei diritti convenzionali nell'ordinamento interno.

Diversamente, le stesse omissioni legislative portate all'attenzione della Corte costituzionale poiché ritenute lesive di diritti costituzionali si sono scontrate, in alcuni casi con pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa, divenendo però oggetto di chiari moniti al legislatore (cfr. C. cost. sentt. n. 138 del 2010⁴⁹; C. Cost. n. 279 del 2013⁵⁰); in altri casi sono state sanzionate mediante sentenze additive di principio (C. Cost. sent. n. 170 del 2014)⁵¹. Tuttavia, anche questi ultimi strumenti decisori adottati dalla Corte costituzionale proprio con lo scopo di non “rinunciare al proprio ruolo di

⁴⁹ La pronuncia ha come noto dichiarato la questione avente ad oggetto le norme del codice civile relative al matrimonio nella parte in cui «non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso» non fondata in relazione agli artt. 3 e 29 Cost. e inammissibile in relazione agli artt. 2 e 117 Cost. poiché rientrante nella discrezionalità legislativa. La sent. n. 138 del 2010 è stata diffusamente commentata in dottrina, su tutti M. D'AMICO, “Una decisione ambigua”, in *Notizie di Politia*, 2010, 85 ss.; R. ROMBOLI, “La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni”, in *www.rivistaaic.it*, 2011.; A. RUGGERI, “Famiglie “di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?”, in *www.rivistaaic.it*, 2010.

⁵⁰ La questione relativa all'art. 147 c.p. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità» è stata sollevata con due ordinanze di remissione da parte dei Tribunali di Venezia e di Milano a seguito della pronuncia C. EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, 2013. A commento A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consultaonline*, 2013; E. MALFATTI, “Oltre le apparenze”: Corte costituzionale e Corte di Strasburgo “sintoniche” sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2013; C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, *www.rivistaaic.it*, 1/2014.

⁵¹ Tra i tanti commenti alla pronuncia si vedano su tutti R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consultaonline*, 2014; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consultaonline*, 2014; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014.

*garante dei principi costituzionali*⁵² non si sono spesso tradotti nel riconoscimento concreto dei diritti costituzionali dei singoli, realizzabile solo mediante l'auspicato intervento legislativo⁵³.

Emblematica in tal senso è la nota vicenda relativa al riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso. La persistente inerzia legislativa nel riconoscere i diritti delle coppie dello stesso sesso in forza dell'art. 2 Cost., nonostante il doppio invito in questo senso della Corte costituzionale (C. Cost. sent. n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014), ha costretto alcune coppie omosessuali⁵⁴, talune già parti nel giudizio davanti alla stessa Corte costituzionale, a rivolgersi direttamente alla Corte europea, apparendo questa l'unica strada possibile per forzare ulteriormente il Parlamento italiano a colmare la lacuna legislativa lesiva dei diritti costituzionali e convenzionali (C. EDU, *Oliari c. Italia*, 2015).

b) *Il ricorso diretto alla Corte EDU a seguito di specifiche scelte di strategia processuale da parte del singolo*

Il singolo potrebbe propendere per la presentazione del ricorso diretto alla Corte europea non solo nei casi in cui quest'ultimo costituisca ai suoi occhi l'unica via percorribile, ma anche nel caso in cui esso rappresenti semplicemente la via processuale che meglio si adatti al suo caso.

Più precisamente il singolo potrebbe prediligere la via del ricorso diretto alla Corte EDU a seguito di specifiche scelte di strategia processuale⁵⁵.

In primo luogo, non sempre l'interesse generale a veder eliminata con effetti *erga omnes* dall'ordinamento una norma *inconvenzionale* (e quindi *incostituzionale*) prevale sull'interesse particolare del singolo a veder tutelati immediatamente i propri diritti in un giudizio che – non solo non può certo

⁵² E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI edizione, Torino, 2018, 145.

⁵³ Come noto infatti il monito della sent. n. 138 del 2010 è rimasto a lungo inascoltato. Anche la sentenza addittiva di principio n. 170 del 2010 relativa al c.d. divorzio imposto, non ha determinato, come osservato in dottrina, né l'effetto demolitorio della norma oggetto del giudizio che anzi avrebbe dovuto “*continuare ad essere applicata, in quanto non solo non incostituzionale ma costituzionalmente necessaria*” (in forza dell'art. 29 Cost.), né alcun effetto sui diritti dei singoli stante l'impossibilità dei giudici di dare seguito ai principi costituzionali senza il previo intervento del legislatore, così R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consultaonline*, 2014. L'A. sottolinea, infatti, come con la sent. n. 170 del 2014, la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità di “*un'omissione legislativa pura e semplice*”.

⁵⁴ In particolare nella decisione *Oliari e altri c. Italia*, 2015 la Corte europea sottolinea come una delle coppie ricorrenti (Sig. Oliari e Sig. A.) fosse parte nel giudizio di costituzionalità che ha poi portato alla sent. n. 138 del 2010. Sul tema C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

⁵⁵ In questo senso, M. D'AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, cit., 2018.

definirsi “*senza parti*”⁵⁶ – ma consente a quest’ultimo di poter partecipare attivamente al contraddittorio⁵⁷.

In secondo luogo, l’ampiezza dei poteri istruttori e le modalità di coinvolgimento dei terzi⁵⁸, nonché l’importanza che gli stessi assumono ai fini della decisione della Corte EDU potrebbe rappresentare un elemento centrale nella scelta del singolo riguardo alla via processuale da intraprendere (ricorso diretto/istanza di sollevamento della questione). Non è un caso, dunque, che i ricorsi diretti analizzati abbiano spesso ad oggetto tematiche, come quelle scientifiche e ambientali, in relazione alle quali è spesso richiesto ai fini della risoluzione della controversia l’intervento di soggetti terzi e la presentazione di documenti.

Infine nella scelta del singolo potrebbero contare i tempi delle vicende processuali volte ad una riparazione alla lesione dei propri diritti. Anche in questo caso è bene ricordare che talvolta la necessità urgente di porre fine ad una violazione dei propri diritti ha spinto i singoli ad adire direttamente la Corte EDU, senza nemmeno tentare preventivamente di trovare giustizia davanti ad un giudice interno⁵⁹.

Scelte di questo genere hanno mosso probabilmente i coniugi Costa e Pavan, portatori sani di fibrosi cistica, che intendevano accedere alle tecniche di procreazione assistita ed effettuare una diagnosi pre-impianto, contrariamente a quanto previsto dalla l. n 40 del 2004. Nonostante alcune, seppur isolate, pronunce di Tribunali civili⁶⁰ propendessero per un’interpretazione del tutto creativa del portato normativo tale da autorizzare l’accesso alla diagnosi pre-impianto, e nonostante la possibilità di domandare in quella stessa sede il sollevamento

⁵⁶ Ci si riferisce all’espressione usata da R. ROMBOLI in riferimento al giudizio di costituzionalità v. ID., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.

⁵⁷ Sull’ampiezza del contraddittorio davanti alla Corte EDU E. MALFATTI, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., 142.

⁵⁸ Per una comparazione tra i poteri istruttori e l’intervento dei terzi nei due giudizi M. D’AMICO *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, cit., 2018 e ID., *Le incertezze dell’istruttoria nel giudizio costituzionale*, atti del convegno svoltosi a Modanella nei giorni 24 e 25 maggio 2019, in *Diritto e Società*, 3/2019, pp. 321ss..

⁵⁹ Sul peso del fattore temporale nelle scelte dei ricorrenti riguardo la via giudiziaria da intraprendere E. MALFATTI nota come “*il rischio evidente di un esito negativo della richiesta e del contenzioso giudiziale, e con ulteriore, inevitabile, decorso del tempo (quando è noto che il fattore temporale giochi un ruolo chiave nelle chances procreative di qualsiasi coppia); oltretutto i legali dei ricorrenti, come accennato, erano assolutamente consapevoli della “stravaganza” della decisione del giudice di Salerno (viceversa indicata nelle carte del Governo italiano quale elemento in qualche modo pertinente), e non hanno perciò avuto indugi a percorrere la strada del ricorso europeo*”, v. ID., *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze*, cit., 2. Dà, inoltre, un rilievo particolare all’urgenza quale motivo di presentazione del ricorso diretto alla Corte EDU C. MASCIOTTA, *Il ricorso “diretto” a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento*, ex art. 35 Cedu, cit., 14 ss.

⁶⁰ Trib. Salerno, ord. n. 12474/2009, 9 gennaio 2010.

della questione di costituzionalità i due coniugi hanno preferito ricorrere direttamente e con procedura prioritaria alla Corte europea. Quest'ultima, da parte sua, ha dichiarato ricevibile il ricorso poiché “*non era possibile rimproverare ai ricorrenti*” di non aver previamente esperito i rimedi interni “*volti a ottenere una misura che (...) è vietata in maniera assoluta dalla legge*”⁶¹.

c) *Il ricorso diretto quale via parallela al giudizio in via incidentale*

Infine, in alcuni casi può accadere che ricorso diretto e giudizio in via incidentale convivano parallelamente.

Come visto, infatti, la Corte europea non si limita a dichiarare ricevibile il ricorso diretto solo nel caso in cui il giudizio di costituzionalità venga presentato dal Governo quale rimedio potenzialmente esperibile, ma anche nei casi in cui la questione di costituzionalità sia già stata sollevata davanti alla Corte costituzionale.

L'attivazione parallela dei due rimedi può essere originata sia in due vicende processuali distinte che vedano, l'una, la presentazione del ricorso diretto a Strasburgo e l'altra il sollevamento della questione di costituzionalità; sia nella stessa vicenda processuale che veda la stessa persona ricorsa a Strasburgo allo stesso tempo parte di un giudizio interno, nell'ambito del quale è stata sollevata questione di costituzionalità sulla stessa norma lesiva dei diritti convenzionali.

La promozione parallela del ricorso diretto e del giudizio in via incidentale potrebbe apparire problematica per due ordini di ragioni.

In primo luogo, le due Corti potrebbero essere chiamate – ovviamente nei limiti delle rispettive competenze⁶² – a valutare la medesima norma presumibilmente lesiva dei diritti convenzionali. Nei casi in cui la presunta violazione dei diritti convenzionali derivi da una previsione o da un divieto legislativo la

⁶¹ Sul seguito della pronuncia a livello interno cfr. Tribunale di Roma del 23 settembre 2013 e C. Cost. sent. n. 96 del 2015. Sulla prima pronuncia A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in *www.diritticomparati.it*, 8 ottobre 2013. Sulla sent. n. 96 del 2015 della Corte costituzionale e sull'assorbimento del parametro convenzionale da parte della predetta pronuncia si rinvia alle osservazioni di E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., 136 e Id., *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, in *Consultaonline*, 2015.

⁶² È scontato precisare che, anche quando la violazione dei parametri convenzionali derivi da una legge, l'oggetto del giudizio davanti alla Corte EDU rimane la lamentata violazione dei parametri convenzionali nel caso concreto portato all'attenzione della Corte da parte dei ricorrenti cfr. E. MALFATTI, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., 160. Tuttavia, non mancano gli studiosi che si interrogano sulla natura costituzionale del giudizio davanti alla Corte EDU cfr. F. DE LONDRAS, *Dual Functionality*, cit. e B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, *www.rivistaaic.it*, 2011

doglianza dei ricorrenti, portata innanzi alla Corte EDU, e l'oggetto dell'ordinanza di remissione pendente nello stesso momento davanti alla Corte costituzionale potrebbero nella sostanza coincidere⁶³. Scorrendo i formulari dei ricorsi presentati alla Corte europea nella parte dedicata all'oggetto del ricorso, suddivisa a sua volta in "esposizione dei fatti" e "parametri"⁶⁴, ci si accorge come nella maggior parte dei ricorsi poi dichiarati ricevibili senza esaurimento dei rimedi interni, la parte dedicata all' "esposizione dei fatti" è compilata con argomentazioni concernenti le norme interne e le ragioni in base alle quali queste ultime si ritengono fonte di violazione dei diritti convenzionali. Come sostenuto in dottrina, ciò potrebbe riflettersi anche sul giudizio della Corte EDU che sembra, talvolta, andare "ben oltre il caso concreto"⁶⁵.

In secondo luogo, le due Corti potrebbero trovarsi, per via dell'attivazione parallela dei due giudizi, a dover decidere su questioni analoghe nello stesso lasso di tempo. Questa circostanza è stata, come noto, evitata dal Presidente della Corte costituzionale che ha rinviato a nuovo ruolo l'udienza pubblica relativa all'esame dell'ordinanza di remissione avente ad oggetto il divieto di ricerca scientifica sugli embrioni (l. n. 40 del 2004), proprio in attesa della decisione della Corte europea sul caso *Parrillo c. Italia* vertente su un caso del tutto analogo⁶⁶.

d) *Spunti di riflessione sulla convivenza tra più rimedi volti a porre fine alla violazione dei diritti convenzionali*

Alla luce di quanto sin qui esposto ci si potrebbe chiedere se la tendenza del giudice sovranazionale a dichiarare ricevibili ricorsi 'in via diretta', generando come visto la convivenza alternativa o parallela del giudizio in via incidentale e del ricorso diretto e portando così le Corti a decidere su questioni analoghe, possa rappresentare una possibile fonte ulteriore di contrasti giurisprudenziali.

⁶³ V. ZAGREBELSKY evidenzia come tra la decisione della Corte EDU sul caso *Parrillo c. Italia* e la questione sollevata dal Tribunale di Firenze sull'articolo n. 13 della legge n. 40 del 2004 in relazione agli artt. 9 e 32 della Costituzione "V'è analogia di oggetto delle procedure introdotte davanti alle due Corti, ma anche significativa diversità, non solo per le norme di riferimento, ma anche e prima ancora per la diversità del ruolo delle Corti chiamate a decidere" v. ID., *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati*, cit., 609.

⁶⁴ I formulari dei ricorsi sono disponibili sul sito del Consiglio di Europa al link <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms/ita&c=>

⁶⁵ Così M. D'AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, cit., 2018.

⁶⁶ La Corte costituzionale si è poi pronunciata con la sent. n. 84 del 2016; a commento su tutti M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Biodiritto*, 2016; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biodiritto*, 2016.

In realtà è bene sin da subito precisare che l'alternatività dei rimedi sopra illustrata non sempre si traduce nella convivenza del giudizio in via incidentale con il giudizio davanti alla Corte europea.

Può, infatti, accadere che, in un primo momento, sia presentato esclusivamente il ricorso diretto alla Corte europea e, solo in seguito alla sentenza di condanna della Corte EDU, la questione sia sollevata da parte di un giudice interno davanti alla Corte costituzionale, in riferimento all'art. 117, comma 1 e ai diritti convenzionali come interpretati alla luce dell'intervenuta pronuncia del giudice sovranazionale (C. EDU, *Torreggiani c. Italia*, 2013; C. EDU *Costa e Pavan c. Italia*, 2015; C. EDU *Cordella c. Italia*, 2019⁶⁷). Ancora, può accadere, come già visto, che il ricorso diretto sia presentato solo dopo che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata (C. EDU *Oliari c. Italia*, 2015).

L'ipotesi più problematica e che potrebbe con più probabilità condurre a conflitti, appare quella in cui le due vie – giudizio in via incidentale e ricorso diretto – sono promosse parallelamente, tanto più se l'oggetto della doglianza portata davanti alla Corte europea e dell'ordinanza di rimessione in sostanza coincidano, coinvolgendo le medesime norme interne.

Pur essendo vero che la convivenza delle due vie – ricorso diretto e giudizio in via incidentale – può condurre a decisioni di senso diverso su casi analoghi, l'analisi giurisprudenziale sin qui svolta mostra come una simile circostanza abbia più che altro messo in luce l'esigenza generale di individuare meccanismi di raccordo fra le Corti⁶⁸. Ne è un esempio il rinvio dell'udienza in attesa della decisione sul caso Parrillo, che tuttavia parrebbe rappresentare solo un debole tentativo operato dal nostro Giudice costituzionale⁶⁹.

Anzi, la ricerca svolta sembrerebbe dimostrare come, in alcuni casi, l'esistenza di più rimedi – ricorso diretto e giudizio in via incidentale – volti a porre fine alla violazione dei diritti convenzionali possa contribuire non tanto all'inasprimento del conflitto tra le Corti, ma all'integrazione delle tutele.

Una simile conclusione sembra essere dimostrata da quei casi analizzati, concernenti omissioni legislative, che hanno portato la Corte europea a condannare l'Italia proprio in quegli ambiti dove la Corte costituzionale non

⁶⁷ Sul seguito a livello interno della decisione della Corte Edu, *Cordella c. Italia* si veda C. cost., ord. n. 230 del 9 ottobre 2019. Sulle vicende giurisprudenziali successive alle decisioni *Torreggiani e altri c. Italia* e *Costa e Pavan e altri c. Italia* si rinvia rispettivamente alle note 50 e 61.

⁶⁸ Sull'utilità in questo senso della richiesta di parere consultivo prevista dal Protocollo 16 si rinvia alle osservazioni svolte nella relazione di E. MALFATTI, *La Cedu come parametro*, cit., 39.

⁶⁹ La dottrina si è interrogata sul senso del rinvio operato dal Presidente della Corte costituzionale, chiedendosi ad esempio se si tratti “di *fair play*, di semplice timore di smentita, di un ripensamento ovvero, al contrario, della volontà di riservare a sé l'ultima parola” o di un modo per guadagnare tempo “per meditare su una decisione certamente non facile” v. B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti*, *Parrillo c. Italia*, cit., 622 e 623.

sempre riesce ad ottenere l'effetto desiderato, ovvero quello di imporre al Parlamento di colmare le lacune legislative lesive dei diritti fondamentali⁷⁰. L'approvazione di leggi centrali in tema di diritti umani, come la l. n. 76 del 2016 sul riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso, a seguito di condanne contro l'Italia da parte della Corte EDU, sono la dimostrazione di come il ricorso diretto alla Corte EDU possa rappresentare non solo uno strumento di tutela dei diritti particolari del singolo, ma anche uno strumento utile all'interesse generale a veder colmata una lacuna legislativa, tanto più se già accertata dalla nostra Corte costituzionale come lesiva di diritti fondamentali.

5. Osservazioni conclusive

Dopo aver cercato di ricostruire le conseguenze della tendenza dell'interpretazione "flessibile" operata dalla Corte EDU della regola di cui all'art. 35, par. 1 CEDU sul giudizio in via incidentale, si ritiene opportuno svolgere qualche riflessione conclusiva connessa a quella "tradizionale giurisprudenza" della Corte EDU⁷¹ che costantemente definisce il sistema di giustizia costituzionale italiano quale rimedio non effettivo, poiché "la persona sottoposta alla giustizia non gode di un accesso diretto alla Corte costituzionale".

Una simile riflessione si ritiene utile non al fine di – è bene precisarlo – individuare eventuali accorgimenti volti ad arginare la tendenza della Corte EDU analizzata in questo contributo – che ad oggi sarebbe di fatto possibile solo mediante l'improbabile introduzione nel nostro ordinamento del ricorso diretto alla Corte costituzionale⁷² – ma perché le citate affermazioni della

⁷⁰ R. ROMBOLI evidenzia come il ricorso alla Corte EDU può rappresentare un rimedio alle c.d. zone d'ombra del giudizio di costituzionalità cfr. R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2015, 15.

⁷¹ Così l'opinione parzialmente concordante dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov alla pronuncia sul caso C. EDU, *Parrillo c. Italia*, 2015.

⁷² Come noto gli studi relativi all'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento il ricorso diretto alla Corte costituzionale sono molteplici. Con specifico riferimento al rapporto tra il ricorso alla Corte EDU e l'eventuale introduzione del ricorso diretto alla Corte costituzionale ci si limita a rinviare alle tesi di R. ROMBOLI secondo il quale, come già evidenziato alla nota 70, il ricorso alla Corte EDU può rappresentare un rimedio alle c.d. zone d'ombra del giudizio di costituzionalità; diversamente "una valutazione, nell'insieme, dei costi e benefici" sull'introduzione del ricorso diretto alla Costituzionale "si risolve in senso contrario alla introduzione del ricorso diretto, almeno nella sua ampia definizione dell'amparo costituzionale spagnolo" v. ID., *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consultaonline*, 2018, 643 e diffusamente M. CARRILLO – R. ROMBOLI, *La reforma del recurso de amparo*, Fundacion Coloquio juridico europeo, Madrid, 2012. In senso contrario B. RANDAZZO secondo la quale il ricorso alla Corte EDU non può rappresentare un'alternativa all'opportunità di introdurre il ricorso diretto alla Corte costituzionale che "consentirebbe altresì di garantire un controllo su quelle zone franche che non sembrano più rappresentare ipotesi rare o di scarso rilievo" v. ID., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea*, cit, 40. Ancora

Corte EDU possono rappresentare un'occasione per ragionare nuovamente su alcuni aspetti che caratterizzano il nostro sistema in via incidentale.

Le valutazioni della Corte EDU circa l'effettività del nostro sistema di giustizia costituzionale sembrano anzitutto mettere in luce l'esistenza di due tendenze contrapposte nello spazio giuridico europeo.

Da un lato, la Corte costituzionale sembra sempre più impegnata a ritagliarsi un ruolo centrale e prioritario nella tutela dei diritti fondamentali, affermando - seppur in relazione al tema diverso del rapporto intercorrente con il diritto UE⁷³ - il principio utile anche ai nostri fini “*che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)*” (C. cost. sent. n. 269 del 2017; C. cost. sent. n. 20 del 2019)⁷⁴.

D'altro lato la ‘neutralizzazione’ della regola dell'esaurimento dei rimedi interni determina la convivenza nell'ordinamento di due rimedi – giudizio in via incidentale e ricorso diretto – entrambi volti a porre fine alla violazione di diritti convenzionalmente garantiti. Essendo poi il ricorso diretto a disposizione del singolo individuo e non del giudice può accadere, come visto, che le violazioni delle norme della CEDU ‘sfuggano’ alla necessità/opportunità di “*preservare un intervento con effetti erga omnes*” (C. cost. sent. n. 269 del

secondo M. D'AMICO “*lo spazio giuridico europeo amplia notevolmente, anche sotto il profilo processuale, le possibilità di tutela, ‘bilanciando’ con l'accesso diretto alla Corte Europea dei Diritti Umani e al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, le “strette” previste dall'accesso incidentale alla Corte costituzionale*” v. ID., *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, cit.

⁷³ Sul tema si rinvia alle riflessioni svolte nelle relazioni di I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio* e M. LAZE, *Rapporti tra ordinamenti, doppia pregiudizialità e tutela dei diritti*, pubblicate in questo volume.

⁷⁴ Sulla tendenza all'accentramento della Corte costituzionale cfr. nota n. 2. In particolare sulla sent. n. 269 del 2017 tra i moltissimi commenti si vedano le considerazioni critiche svolte nella relazione conclusiva a questo Seminario di A. RUGGERI, *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, cit. e ID., *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017. Sulla sent. n. 20 del 2019 A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 113; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della corte costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2019. Secondo S. LEONE la tendenza all'accentramento da parte della Corte costituzionale è dimostrata anche da altre recenti pronunce del Giudice delle leggi, pur riguardanti il tema diverso della valenza nel nostro ordinamento della Carta Sociale europea, come la sent. n. 120 del 2018 con la quale la Corte costituzionale ha chiarito che le pronunce del Comitato Sociale Europeo “*non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta*” v. ID., *La Corte costituzionale italiana riafferma la centralità della Costituzione e del proprio sindacato nella tutela dei diritti fondamentali*, n. A. PEREZ MIRA, G. TERUEL LONZANO, E. RAFFIOTTA, M. P. IADICICCO (a cura di), cit., 2020.

2017; C. cost. sent. n. 20 del 2019) della Corte costituzionale, essendo portate direttamente e immediatamente davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che come noto deciderà sul singolo caso concreto.

Sembra riproporsi, dunque, un tema non nuovo per la dottrina e che attiene all'asserita contrapposizione tra diritti particolari dei singoli e interesse generale sotteso alla questione di costituzionalità. Nei casi esaminati, infatti, il bisogno di tutela dei diritti dei singoli sembra nei fatti prevalere sull'interesse generale di veder eliminata con effetti *erga omnes* dall'ordinamento una norma *inconvenzionale* e quindi *incostituzionale*.

Ciò parrebbe essere determinato talvolta dalla sottovalutazione del ruolo delle parti nel giudizio in via incidentale che - anche a causa di valutazioni erranee da parte del giudice *a quo* sui presupposti della rilevanza e della non manifesta infondatezza - si vedono preclusa la possibilità che la violazione dei diritti convenzionali da loro denunciata possa giungere davanti alla Corte costituzionale, inducendole così a cercare giustizia in sede sovranazionale.

I casi sin qui analizzati sembrano così mostrare la continua attualità di quelle elaborazioni dottrinali⁷⁵ che, facendo leva sull'ampiezza di prospettive relative alle posizioni del singolo nelle intenzioni del Costituente, hanno enfatizzato il ruolo delle parti nel giudizio in via incidentale, non solo come titolari di interessi particolari, ma come portatrici di interessi pubblici. Queste tesi non mirano come noto a snaturare la natura oggettiva del sindacato di costituzionalità, ma al contrario muovono dalla convinzione che *“il singolo e i diritti da essi fatti valere dinanzi alla Corte costituzionale non sono (...) in contrapposizione alla tutela dell'interesse generale, ma anzi divengono parte e strumento di questo”*⁷⁶.

Rileggendo queste tesi alla luce del contesto attuale ci si potrebbe domandare se la valorizzazione del ruolo delle parti nel processo costituzionale non possa rappresentare un completamento del cammino avviato dalla Corte costituzionale, in una logica di accentramento, volto *“a preservare”* il proprio *“intervento erga omnes”* nelle materie che attengono ai diritti fondamentali, tutelando così non solo i diritti particolari dei singoli ma anche l'interesse generale all'eliminazione dall'ordinamento di norme *inconvenzionali* e quindi *incostituzionali*.

⁷⁵ Su tutti M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 91; F. Pizzetti - G. Zagrebelsky, *Non manifesta infondatezza e rilevanza nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, 1972, 76.

⁷⁶ Così M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 91.

LA CONSULTA E IL TIRO ALLA FUNE CON GLI ALTRI GIUDICI*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Le difficoltà alle quali va incontro il tentativo di stabilire se si dia una nuova stagione per il sindacato accentrato di costituzionalità, a motivo della mobilità dei punti di vista e della relatività delle qualificazioni ad essa conseguenti, specie per il rilievo che va assegnato a fattori di contesto nella risoluzione dei casi. – 2. La pluralità delle cause che spingono per il “riaccentramento” del sindacato, il concorso allo stesso offerto dai giudici comuni, tanto in fase di apertura del sindacato stesso quanto in sede di “esecuzione” dei verdetti della Corte, la tendenza viepiù marcata a far prevalere in rilevante misura l’“anima” politica su quella giurisdizionale della Corte. – 3. La spinta data dalle emergenze in genere al “riaccentramento”, col sacrificio che però non di rado si ha delle *ragioni della Costituzione* davanti alle *ragioni delle emergenze* stesse, e la motivazione dalla Corte addotta a suo sostegno al piano delle relazioni interordinamentali (note critiche a riguardo dell’indirizzo inaugurato da Corte cost. n. 269 del 2017, per i rischi che esso fa correre alla tipicità dei ruoli istituzionali e gli inconvenienti suscettibili di aversene a carico dei diritti). – 4. Doppia pregiudizialità e riflessi sugli equilibri tra legislazione e giurisdizione (e, perciò, sulla tenuta dello Stato costituzionale). – 5. “Riaccentramento” del sindacato ed abusi nell’utilizzo delle tecniche decisorie (con specifica attenzione alla interpretazione conforme), da parte dei giudici comuni come pure del giudice costituzionale, da se medesimo portato ad assoggettarsi ad un’autentica *mutazione genetica*. – 6. Notazioni finali a riguardo delle aporie teoriche di costruzione cui dà vita il modo con cui, a giudizio della Consulta, vanno risolte le antinomie tra diritto interno e diritto eurounitario e la sollecitazione che, per effetto dell’“accentramento” del sindacato sulle questioni riguardanti i diritti fondamentali, potrebbe aversene per un complessivo ripensamento della nozione di “valore di legge”, riferita ad ogni atto o fatto di normazione idoneo ad incidere sui diritti stessi.

1. Le difficoltà alle quali va incontro il tentativo di stabilire se si dia una nuova stagione per il sindacato accentrato di costituzionalità, a motivo della mobilità dei punti di vista e della relatività delle qualificazioni ad essa conseguenti, specie per il rilievo che va assegnato a fattori di contesto nella risoluzione dei casi

Non è facile stabilire se si dia una nuova stagione per il sindacato accentrato di costituzionalità, alla luce di alcune delle sue più salienti manifestazio-

* Lo scritto, aggiornato alla data del Seminario, è dedicato a Paolo Carrozza, valoroso collega ed amico carissimo, da un crudele destino prematuramente sottratto alla comunità scientifica, cui ha offerto contributi di non comune densità concettuale e finezza di analisi, ed a quanti di noi Gli erano variamente vicini, ai quali mai ha fatto mancare affetto sincero, generosamente donato.

ni del tempo presente; e ciò, per plurime ragioni, specie se la questione dovesse essere ambientata non soltanto nell'ambito in cui maturano le esperienze relative ai giudizi sulle leggi, ma anche avuto riguardo ai giudizi restanti (e, segnatamente, a quelli originati da conflitti tra poteri). Peraltro, ormai da tempo le competenze della Corte tendono – a mia opinione, innaturalmente – a sovrapporsi ed a confondersi reciprocamente¹, secondo quanto ha da ultimo confermato l'anomala vicenda registratasi a seguito dell'approvazione della legge di bilancio nel dicembre dello scorso anno², la cui soluzione ha sollevato ampie ed argomentate critiche anche da parte di coloro che, in via di principio, non sono contrari all'utilizzo dello strumento del ricorso per conflitto per sanzionare vizi sia di forma che di sostanza delle leggi³.

¹ Agevola quest'esito una malintesa accezione del carattere "residuale" dello strumento del conflitto interorganico, messo in particolare evidenza – come si sa – da un noto studio di R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, fatto ora oggetto di penetranti rilievi critici da A. PUGIOTTO, *Metamorfosi e tramonto della "residualità" nei conflitti tra poteri da atto legislativo*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 501 ss.; v., inoltre, utilmente, A. ANZON DEMMIG, *La Corte chiude la strada ad ulteriori forme anomale di accesso diretto al sindacato di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1977 ss.

In realtà, si ha qui una delle tante testimonianze del fatto ricorrente per cui, al fine di rimediare a strutturali lacune del dettato costituzionale e positivo in genere, anziché battere la via piana delle innovazioni con legge, si è fatto (e si fa) luogo alla sostanziale riscrittura dei dati normativi per via interpretativa, prestandosi soprattutto i giudici (a partire da quello costituzionale) ad un ruolo di "supplenza" che loro non competerebbe (ma su ciò, *amplius, infra*).

² Ne ripercorre ora l'andamento L.F. PACE, *Il ruolo dell'Unione nel processo di formazione delle leggi di bilancio degli Stati membri, la (complicata) procedura di approvazione della legge di bilancio per il 2019 e le ragioni della (conflittuale) appartenenza dell'Italia all'Eurozona*, in www.aisdue.eu, 1/2019, 2 settembre 2019.

³ *Ex plurimis*, v. i contributi che sono in www.federalismi.it, 4/2019, e gli altri al seminario svoltosi a Firenze il 25 febbraio 2019 su *L'ordinanza 17/2019 della Corte costituzionale*, che sono in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2019, ed alla tavola rotonda su *La garanzia costituzionale del procedimento legislativo*, organizzata dall'AIC e svoltasi a Catania l'11 giugno scorso, tra i quali P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in www.osservatorioaic.it, 5/2019, 3 settembre 2019, e, pure *ivi*, F. FABRIZZI, *Il conflitto tra poteri quale strumento a tutela del procedimento legislativo*, e I.A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi "mille" poteri dello Stato*, nonché, se si vuole, il mio *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in www.rivistaaic.it, 2/2019, 18 giugno 2019, 597 ss.; nella stessa *Rivista*, M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, 25 giugno 2019, 611 ss.; inoltre, G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2019; nella stessa *Rivista*, C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle "violazioni manifeste" nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato: un'arma spuntata per il singolo parlamentare*; Y.M. CITINO, *La "consolidata prassi" della questione di fiducia sul maxi-emendamento: osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Rass. parl.*, 1/2019, 115 ss.; V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2/2019, e, pure *ivi*, S. CECCANTI, *Qualche*

Resto, ad ogni buon conto, fedele alla compito affidatomi da chi mi ha chiamato a svolgere l'intervento conclusivo dei nostri lavori, e dunque mi limiterò a rappresentare talune notazioni sparse specificamente riguardanti i giudizi sulle leggi, riservando unicamente un cenno alla vicenda sopra richiamata.

Enuncio subito le principali ragioni che rendono assai problematica ed incerta una valutazione d'assieme in relazione al quesito inizialmente posto. La prima di esse è data dal carattere mobile del punto di osservazione delle vicende della giustizia costituzionale che, riguardate da angoli prospettici diversi, si prestano ad esiti ricostruttivi parimenti diversi.

V'è di più. Non soltanto può cambiare (ed effettivamente cambia) la prospettiva ma persino tenendo ferma quest'ultima in relazione ad una stessa esperienza che torni a costituire oggetto di osservazione anche a breve distanza di tempo in un mutato contesto possono raggiungersi conclusioni anche significativamente divergenti: è come se l'oggetto stesso fosse sfuggente, scivoloso, continuamente riplasmabile, a mo' di sostanza gommosa, presentandosi perciò in forme refrattarie ad una loro rigida e fissa catalogazione. D'altronde, è risaputo che gli elementi di contesto giocano un ruolo di prima grandezza, non di rado risolutivo, nella impostazione e risoluzione delle questioni di costituzionalità, tanto più laddove su queste ultime lascino un segno marcato emergenze di vario genere, secondo quanto ha, tra le molte altre, testimoniato la vicenda definita da Corte cost. n. 17 del 2019, dietro richiamata. La minaccia incombente dell'avvio di una procedura d'infrazione a carico del nostro Paese ha, per un verso, indotto il Governo (col docile e rassegnato sostegno della sua maggioranza parlamentare) a far luogo ad una violazione grave e – checché ne abbia detto la Consulta – vistosa dei canoni relativi alla formazione della legge e, per un altro verso, la Consulta stessa ad offrire il suo indulgente avallo alla manovra posta in essere dagli attori politico-istituzionali⁴.

Tornerò a breve sui fattori di contesto (e, in specie, sulle emergenze) a motivo della sempre più frequente e rilevante incidenza esercitata sui giudizi

breve chiosa all'ordinanza n. 17/2019, e A. FIORENTINO, La legittimazione attiva dei singoli parlamentari e la sua sottoposizione al test delle "violazioni manifeste". Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale; T.F. GIUPPONI, Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi «intra-potere» dopo l'ordinanza n. 17 del 2019?, in Quad. cost., 2/2019, 291 ss.; F. FABRIZZI, L'ord. 17/2019 e l'accesso del singolo parlamentare tra profilo soggettivo e profilo oggettivo, in www.federalismi.it, 13/2019, 3 luglio 2019; L.F. PACE, L'ord. n. 17/19 della Corte costituzionale e la (complicata) procedura di approvazione della legge di bilancio per il 2019, il procedimento ex Reg. UE n. 473/2013 e le ragioni della (conflittuale) appartenenza dell'Italia all'Eurozona, cit., 515 ss.; F. MARONE, La legittimazione al conflitto del singolo parlamentare tra compromesso politico e coerenza processuale, in Foro it., 7-8/2019, I, 2301 ss.; M. CONTIERI, "Giusto procedimento legislativo" e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, in www.federalismi.it, 16/2019, 4 settembre 2019.

⁴ ... per non dire qui del ruolo svolto in questa come in altre vicende dal Capo dello Stato che ha senza indugio promulgato la legge, pur non avendo taciuto riserve di non secondario rilievo.

di costituzionalità, avvertendo sin d'ora che le emergenze stesse non sono come i terremoti o altri eventi della natura aventi carattere meramente accidentale ma sono la diretta ed immediata conseguenza di scelte e comportamenti umani irresponsabili e dissennati. Trovo, dunque, che sia francamente paradossale che, a causa di leggi non fatte o fatte male o, ancora, rimaste inattuata o inapplicate, gli organi di garanzia (e – per ciò che qui specificamente importa – la Corte) debbano offrire la loro benevola “copertura” agli artefici dei guasti in parola ed agli atti o alle omissioni che li abbiano determinato (e li determinino).

2. La pluralità delle cause che spingono per il “riaccentramento” del sindacato, il concorso allo stesso offerto dai giudici comuni, tanto in fase di apertura del sindacato stesso quanto in sede di “esecuzione” dei verdetti della Corte, la tendenza viepiù marcata a far prevalere in rilevante misura l’“anima” politica su quella giurisdizionale della Corte

Tornando agli elementi di “accentramento” ed a quelli di “diffusione”, la dottrina è – come si sa – da tempo avvertita della loro compresenza e varia, reciproca combinazione nelle esperienze della giustizia costituzionale che ne sono comunque “impressionate”⁵. Nessuno, per vero, è mai riuscito a soppesare gli uni e gli altri, stabilendo la “misura” o “gradazione” – se così può dirsi – di ciascuno di essi; forse, è cosa impossibile da fare (e, comunque, non saprei dire fino a che punto praticamente utile). La domanda, internamente articolata e composita, che però oggi ci è stata posta è se (e fino a che punto) risulti marcata la tendenza al “riaccentramento” – com’è da molti chiamata –, a cosa si debba, fin dove possa ulteriormente spingersi e – ciò che dal mio punto di vista è di maggiore interesse teorico – se la stessa si mantenga entro la cornice, seppur approssimativamente fissata, della Costituzione e della disciplina normativa in genere che governa il processo costituzionale ovvero se si sia ormai portata oltre (e, perciò, in buona sostanza, contro) di essa.

Un grumo di questioni – come si vede – di estrema complessità, una sorta di matassa assai difficilmente dipanabile. Nel tentativo di fare almeno in parte chiarezza, mi pare che si possa, innanzi tutto, dire che la tendenza in parola sia alimentata da cause diverse in relazione a situazioni parimenti diverse, cause nondimeno convergenti nell’esito ma bisognose di essere fatte oggetto di analisi separata; in secondo luogo (e la cosa mi sembra meritevole di speciale

⁵ Richiamo qui solo i contributi di AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, e A.M. NICO, *L’accentramento e la diffusione nei giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino 2007. Più di recente, S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, in www.federalismi.it, 13/2019, 3 luglio 2019. Infine, la relazione introduttiva al nostro Seminario di R. ROMBOLI.

attenzione), la tendenza stessa è agevolata a formarsi dai giudici comuni e dagli operatori in genere che, col fatto stesso di rivolgersi alla Corte⁶, danno modo a quest'ultima di affermare e far valere il proprio punto di vista. Non va infatti trascurata la circostanza per cui senza la “collaborazione” (in larga accezione) degli attori del processo, in fase tanto di apertura quanto di chiusura dello stesso, il regista non potrebbe portare ad effetto il disegno che ha in testa, nessuna esperienza di giustizia costituzionale riuscendo a perfezionarsi dentro le mura della Consulta. Com'è infatti da tempo acclarato, non secondario rilievo è da assegnare, oltre che al modo con cui è formulata la domanda di giustizia costituzionale, alla “esecuzione” del verdetto emesso dal giudice delle leggi, la quale poi non di rado è vera e propria “attuazione” o, diciamo pure, compartecipazione, in svolgimento di indicazioni essenziali somministrate dal giudice stesso⁷. La più emblematica testimonianza si ha – com'è noto – in occasione del “seguito” dato alle additive di principio; non si trascurino, poi, i casi in cui la Corte ha fatto (e fa) luogo a pronunzie intrise di una carica elevata di “politicità”, bisognose al fine di potersi affermare nell'esperienza della “collaborazione” delle autorità remittenti e dei giudici comuni in genere, della quale però talora non si è avuto riscontro.

Si pensi, ad es., al caso, assai discusso⁸, di cui a Corte cost. n. 10 del 2015, di particolare interesse ai nostri fini per una duplice ragione: per il superamento della incidentalità *ex post* tentato dalla Corte e per la “resistenza” op-

⁶ ... e di rivolgersi in un modo piuttosto che in un altro, la formulazione della domanda alla Corte rivestendo cruciale rilievo e sostanzialmente determinando la risposta da parte di quest'ultima.

⁷ Non diversamente, per l'aspetto ora considerato, vanno le cose con riguardo alle esperienze della giustizia europea, pur nelle innegabili peculiarità che le contraddistinguono; e d'altronde, anche le Corti europee tendono *quodammodo* a “costituzionalizzarsi”, secondo quanto è rilevato, seppur con varietà di accenti da una crescente dottrina [riferimenti in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, in www.questionegiustizia.it, aprile 2019, e, da ultimo, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, in *paper*. Contrari all'accostamento della Corte dell'Unione alla Corte costituzionale, tra gli altri, M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par.) e, ora, G. MARRA - M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali. Riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.*, 8-9/2019, spec. 154 ss., nonché in www.penalecontemporaneo.it, 12 luglio 2019].

⁸ Per tutti, v. i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Quad. cost.*; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 59 ss., e A. STEVANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti della sentenza di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, 3/2018, 23 ottobre 2018, 185 ss.

posta dall'autorità remittente alla manovra posta in essere dalla Corte stessa⁹. È chiaro, ad ogni buon conto, che ben diversa è la ragione che ha indotto quest'ultima a fare l'uso (e il non uso...) che ha fatto della rilevanza con riferimento alla vicenda della c.d. *Robin tax* rispetto, ad es., alle vicende che hanno riguardato le leggi elettorali¹⁰.

Nel secondo caso, si trattava di far uscire un sistema politico che stava sempre di più per essere fagocitato dalle sabbie mobili in cui da se stesso si era immerso, nel tentativo disperato di offrirgli l'opportunità di superare in qualche modo e – ciò che più importa – *con qualunque costo* lo stato d'*impasse* in cui esso (e, con esso, la nostra democrazia) versava. A conti fatti, l'unica giustificazione che avrebbe potuto addursi a sostegno del palese accantonamento avutosi delle regole processuali era la stessa che già i Romani, con il senso pratico che li contraddistingueva, riassumevano nella formula *salus rei publicae suprema lex esto*.

Nel primo caso, invece, si trattava di mettere al riparo i conti pubblici dal rischio di uno sfioramento giudicato intollerabile. Se ci si pensa, per l'aspetto da ultimo considerato, la vicenda del 2015, pur nella sua complessiva e peculiare connotazione, presenta alcune assonanze con quella definita dalla 17 del 2019. La quadratura dei conti e la messa al riparo dei risparmi dei cittadini è, infatti, una preoccupazione costante e dominante, davvero di cruciale rilievo nell'operato dei garanti: non a caso, ad essa hanno fatto esplicito riferimento tanto la Consulta, nella decisione da ultimo richiamata, quanto (e prima ancora) il Capo dello Stato con riguardo al caso Savona¹¹.

⁹ Su quest'ultimo aspetto, v., di recente, G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2019, 3 giugno 2019, 383 ss.

¹⁰ Pur nella varietà dei punti di vista al riguardo manifestati, diffusa è la preoccupazione per l'accantonamento del canone della rilevanza, specie per il modo con cui si è consumato in occasione della prima e, soprattutto, della seconda pronunzia della Corte sulle leggi in parola, che ha avuto – come si sa – ad oggetto una disciplina della quale non si era ancora fatta, né si sapeva se mai si sarebbe fatta, applicazione (riferimenti in G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit.; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss.; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 131 ss. e 151 ss. In generale, con riguardo alle numerose e complesse questioni che si pongono in relazione all'accesso ai giudizi di costituzionalità, un chiaro quadro di sintesi è stato offerto, nel corso dei nostri lavori, dalla relazione di A.M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità*; v., inoltre, l'intervento di M. TROISI, *Incidentalità e ruolo dei giudici a quibus*, entrambi in www.gruppodipisa.it, in vers. provv.).

¹¹ Sulla sofferta vicenda, fatta oggetto di innumeri commenti, per tutti, v. i contributi al Seminario su *Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali*, svoltosi all'Università "La Sapienza" di Roma il 6 giugno 2018, in www.osservatoriocostituzionale.it, 2/2018; AA.VV., *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte*.

In relazione a queste e ad altre circostanze, tornano pressanti due interrogativi: quello machiavellico, se il fine giustifica il mezzo (o, quanto meno, se lo giustifica *sempre...*)¹², e l'altro contenuto nella sesta satira di Giovenale relativo a chi mai possa controllare i controllori.

Il discorso porterebbe molto lontano e non può ora essere neppure avviato; mi limito solo a rilevare che esso, a conti fatti, si ripropone davanti ad ogni emergenza, quale che ne sia la natura ed entità.

È, poi, pur vero che rimane una differenza di fondo tra l'operato del Capo dello Stato e quello della Corte; ed è che quest'ultima, diversamente dal primo, è un giudice, seppure peculiare o, come suol dirsi, *sui generis*, ma pur sempre un giudice. Quanto all'uno, è ormai provato il rilievo assunto dagli *accidents of personality*, tanto da indurre un'accreditata dottrina a ragionare – com'è noto – de *Gli uomini del Quirinale*¹³; quanto all'altra, di contro, la esistenza stessa del collegio e il rinnovo non simultaneo dei suoi membri è (o, meglio, *dovrebbe* essere...) fattore di stabilizzazione per ciò che attiene ad un certo modo d'intendere e praticare il proprio ruolo.

È singolare, invece, che specie l'esperienza degli anni a noi più vicini mostri una sorta di ribaltamento di questo schema. Ferme, infatti, le differenze anche marcate di temperamento e di sensibilità istituzionale dei Presidenti che si sono man mano fin qui succeduti, alcune loro tecniche decisorie – se così vogliamo chiamarle, prendendo a prestito una espressione usualmente riservata alla Consulta – tornano a riaffacciarsi, specie in presenza di situazioni di emergenza, pure assai diverse tra di loro (si pensi, ad es., all'esperienza, viepiù ricorrente, delle promulgazioni di leggi accompagnate da una motivazione... *contraria*¹⁴).

Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti, a cura di A. Morelli, Napoli 2018; ulteriori riferimenti in A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 77 ss. (e, in forma più estesa, in www.forumcostituzionale.it, 17 settembre 2018), e M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in www.rivistaaic.it, 3/2019, 3 luglio 2019, 360 ss.

¹² Ma v., su ciò, la lucida avvertenza di una sensibile dottrina secondo cui il fine non può mai giustificare il mezzo, dal momento che “sono sempre i mezzi a prefigurare i fini” (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

¹³ Il riferimento è, ovviamente, a A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Laterza, Roma-Bari 1985.

¹⁴ L'etichetta è stata da me coniata in *Verso una prassi di leggi promulgate con “motivazione”... contraria?*, in www.forumcostituzionale.it, 1 luglio 2002, ed è stata quindi ripresa anche da altri (in tema, di recente, v. M. FERRARA, *La promulgazione “presidenzialmente osservata” della novella sulla legittima difesa e l'inattualità del potere di rinvio alle camere*, in www.osservatorioaic.it, 3/2019, 4 giugno 2019, 43 ss., e G. LAURI, *La promulgazione con motivazione contraria e il richiamo ad intervenire sulla legge di conversione del decreto sicurezza bis, tra nuove vette e vecchi problemi*, in www.forumcostituzionale.it, 14 ottobre 2019; ulteriori riferimenti all'uso assai vario fatto degli strumenti del controllo presidenziale in G. MAROL-

Quanto alla Corte, invece, sembra che essa ben poco si curi di far luogo ad una produzione a getto continuo di tecniche decisorie anche fortemente innovative rispetto ad un recente passato¹⁵; mostri, cioè, di non preoccuparsi della delegittimazione che reca a se stessa per il mero fatto di dar vita a giudizi nel segno della sostanziale discontinuità, facendo così da ostacolo a che le decisioni che li concludono si compongano in “indirizzi” in senso proprio¹⁶.

DA, *Se per “sicurezza” e per “semplificare” c’è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla “leale collaborazione” tra Presidenza della Repubblica e Governo*, in www.forumcostituzionale.it, 23 luglio 2019).

¹⁵ Uno studio accurato su alcune specie di decisioni si deve a C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013, del quale v., ora, anche l’intervento, dal titolo *L’ordinanza “una e trina”*, al Seminario su *Dopo l’ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, svoltosi presso la casa editrice Il Mulino il 27 maggio 2019, in www.forumcostituzionale.it, 7 giugno 2019, nel quale si rileva che la stessa ospiterebbe in sé contenuti di plurima valenza. Tra i contributi al Seminario in parola, per l’aspetto ora specificamente rilevante, v., part., E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 531 ss.; nella stessa *Rivista*, utili spunti a finalità ricostruttiva anche in C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*. *Considerazioni sull’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, 567 ss. In tema, v., inoltre, gli approfonditi studi di C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 6/2019, 20 marzo 2019; M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in www.rivistaaic.it, 2/2019, 26 giugno 2019, 644 ss.; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e «congedo dalla vita» dopo la l. 2019/2017*, Aracne, Roma 2019; G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Giappichelli, Torino 2019, ed A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentrato di costituzionalità (in margine all’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2019, 18 settembre 2019, con puntuali riferimenti di diritto comparato (specie alla dottrina tedesca). Infine, il contributo di G. REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale*, al Convegno su *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019, in *paper*, spec. § 4.

¹⁶ In altri luoghi si è fatto notare che tratto identificante della giurisdizione in genere (e di quella costituzionale in ispecie) è la “doppia coerenza”, *sinchronica* (interna cioè alla singola pronuncia) e *diacronica* (decisioni relative al medesimo caso che torni a ripresentarsi immutato nel tempo richiedendo di comporsi in indirizzi linearmente svolti): una coerenza, dunque, quale condizione di prevedibilità dei giudizi e di certezza del diritto [con specifica attenzione alla motivazione delle pronunzie della Corte, maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 1 ss., spec. 23 s.; sul ruolo giocato dalla motivazione stessa, per tutti, v. A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996. Infine, con specifico riguardo alla giurisprudenza delle Corti europee, riferimenti possono ora aversi da L. TRIA, *L’interpretazione delle pronunce della Corte di giustizia UE e della Corte EDU*, in www.questionegiustizia.it, 11 ottobre 2019].

Tanto più, poi, ciò ha rilievo ed induce a preoccupate riflessioni laddove non si diano mutamenti di contesto idonei a giustificare le frequenti “giravolte” del giudice e – più ancora – laddove questo disegno sia realizzato col costo, francamente insopportabile, dello scostamento vistoso dai canoni che stanno a base dei giudizi stessi¹⁷.

Ora, per quanto la flessibilità del modello costituzionale non sia da mettere in dubbio, alcuni canoni di base, essenziali, pur sempre vi sono a riguardo dello svolgimento dei giudizi; e, dunque, nel momento stesso in cui essi sono messi da parte, il giudice cessa fatalmente di essere tale. L'equilibrio tra le due “anime” – come si è soliti chiamarle¹⁸ –, la politica e la giurisdiziona-

Di recente, una sensibile dottrina (P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in Consulta OnLine, 30 luglio 2019, 369) ha però fatto notare che “la coerenza, in quanto assunta come valore in sé, può sconfinare nell'ostinazione se si traduce in imperativo morale impermeabile al ripensamento”: un “ripensamento” che, invero, può (e deve) aversi al mutare della “situazione normativa” oggetto del giudizio ma che verrebbe – a me pare – fatalmente visto quale pura espressione di autoritarismo giudiziario laddove lo stesso giudice dovesse definire due casi in tutto eguali tra di loro in modo diverso, facendo luogo ad un discriminato trattamento sia degli atti sindacati che (e soprattutto) dei soggetti che ne sono riguardati.

¹⁷ La più avveduta dottrina (per tutti, 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, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss., e *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 AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura dello stesso Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 10 ss.) ha da tempo avvertito dei rischi che in congiunture siffatte si corrono, resi viepiù evidenti e gravi dalla circostanza per cui delle pronunzie della Corte non può darsi alcuna impugnazione (art. 137, ult. c., cost.). Un disposto, questo, che ha sollevato – come si sa – un mucchio di problemi di ordine teorico-pratico, a riguardo dei quali (e delle relative soluzioni) nulla può ora dirsi. Mi limito solo ad osservare di passaggio che, seppur il canone racchiuso nel disposto stesso dovesse considerarsi passibile di bilanciamento con altri canoni, ammettendosi dunque la eventualità di un qualche ripensamento di anteriori decisioni della Corte (ad es., per effetto del sopravvenire di pronunzie delle Corti europee con le prime incompatibili), si tratterebbe pur sempre di una eventualità eccezionale che, con la sua stessa esistenza, non solo non scalfirebbe la regola ma, di contro, la confermerebbe.

¹⁸ Nutrita la dottrina che ne ha fatto oggetto di studi di vario segno, perlopiù nondimeno orientati a rilevare con preoccupazione l'escalation della iperpoliticizzazione dei giudizi di costituzionalità (tra gli altri, v. C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bononia University Press, Bologna 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit.; G. BISOGNI, *La ‘politicalità’ del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*,

le, racchiuse nel corpo della Consulta va dunque costantemente preservato, *costi quel che costi*. È per ciò che, ad opinione di molti di noi, la vicenda sopra più volte richiamata, che ha portato alla sofferta gestazione ed all'ancora più sofferta venuta alla luce della legge di bilancio nel dicembre dello scorso anno, non avrebbe dovuto avere la chiusura che ha avuto, tanto più che gli stessi ricorrenti non chiedevano – forse, per carità di patria – l'annullamento dell'atto, limitandosi a reclamare il mero, astratto riconoscimento della bontà delle loro ragioni. Ciò che, a mia opinione, non si sarebbe comunque potuto avere, se è vero che all'accertamento della spettanza della competenza in contestazione necessariamente consegue l'annullamento dell'atto invalido eventualmente adottato¹⁹.

3. La spinta data dalle emergenze in genere al “riaccentramento”, col sacrificio che però non di rado si ha delle ragioni della Costituzione davanti alle ragioni delle emergenze stesse, e la motivazione dalla Corte adottata a suo sostegno al piano delle relazioni interordinamentali (note critiche a riguardo dell'indirizzo inaugurato da Corte cost. n. 269 del 2017, per i rischi che esso fa correre alla tipicità dei ruoli istituzionali e gli inconvenienti suscettibili di aversene a carico dei diritti)

Senza ora entrare in dettagli la cui illustrazione richiederebbe uno spazio di cui qui non si dispone, mi pare comunque innegabile che le situazioni di emergenza agevolino ed alimentino, per la loro parte, la tendenza al “riaccentramento” e però, allo stesso tempo, non poche volte anche quella a far prevalere sulle ragioni della Costituzione quelle dell'emergenza stessa.

È storia antica. Ricordiamo tutti quell'autentico *monstrum* venuto alla luce alla Consulta ai tempi bui del terrorismo rosso, per combattere il quale il Governo aveva varato misure a loro volta mostruose, che calpestavano diritti inviolabili della persona, a partire dal primo di tutti, la libertà personale (e, più ancora, la dignità), determinando un'abnorme dilatazione dei termini

in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss. In prospettiva comparata, per tutti, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018. Di un 'tono' prevalentemente 'attivista' verso la sfera del potere politico del nostro sistema di giustizia costituzionale” ragiona ora un'autorevole dottrina: E. CHELI, *Tendenze e sviluppi della giustizia costituzionale italiana*, in www.astrid-online.it, ottobre 2019).

¹⁹ Quest'appunto critico è nel mio *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, cit., 599, in nt. 8; può, inoltre, vedersi in G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, cit., § 4. Ha caldeggiato la soluzione fatta quindi propria dai ricorrenti R. BIN, *Il conflitto di attribuzioni è la risposta giusta, ma bisogna farlo bene*, in www.laCostituzione.info, 28 dicembre 2018.

massimi di carcerazione preventiva di persone – non si dimentichi – presuntivamente innocenti. Ebbene, il giudice delle leggi vi ha, come sappiamo, offerto il suo generoso avallo, facendo salve le misure in parola (con la famosa sent. n. 15 del 1982), pudicamente qualificate come “insolite” e però aggiungendo che le stesse avrebbero perduto validità una volta cessata l'emergenza, richiedendo pertanto di essere sollecitamente rimosse.

Altre volte, invece, la “logica” fatta valere è esattamente rovesciata rispetto a quest'ultima. In un contesto diverso, e però ugualmente segnato dall'emergenza (non più terroristica ma economica), la Corte, pur di dare comunque appagamento ai diritti fondamentali lesi (a partire da quello alla salvaguardia della dignità), ha ritenuto ugualmente valicabili i confini segnati in Costituzione all'operato dei pubblici poteri. È ciò che, ad es., si è avuto in occasione della vicenda definita da Corte cost. n. 10 del 2010, che ha mandato assolta dal sindacato di costituzionalità la disciplina statale con cui è stata introdotta la c.d. *social card*, malgrado la stessa ricadesse in ambito materiale, quello dei servizi sociali, di spettanza delle Regioni²⁰.

Altre volte ancora, al fine di dare ristoro ai diritti (ed alla dignità), la Corte non ha esitato a mettere senza indugio da parte i canoni che governano lo svolgimento dei giudizi di costituzionalità, portando all'effetto di riscrivere, sia pure limitatamente al caso, lo stesso art. 134, nella parte in cui fa riferimento all'oggetto del sindacato. Così, nella discussa vicenda di cui a Corte cost. n. 238 del 2014, nel corso della quale si è assistito ad una inusuale, stupefacente dilatazione dell'oggetto stesso, esteso anche a norme non scritte (nella specie, quella di adattamento nei riguardi di norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta). Tra l'altro, è curioso che la Corte abbia qualificato come “inesistente” la norma interna in parola, allo stesso tempo non riconoscendo ai giudici comuni il titolo di rilevare *motu proprio* la sussistenza di un vizio siffatto d'invalidità (da un'accreditata dottrina qualificato come “forte”²¹, per distinguerlo da quello, “debole”, in via generale bisognoso di essere portato alla cognizione della Consulta e suscettibile di dar vita all'annullamento, non già ad una dichiarazione d'“inesistenza”, della norma o dell'atto che se ne sia reso responsabile).

Le vicende appena evocate sono assai istruttive; e dimostrano che all'esito del “riaccentramento” possono concorrere, ed effettivamente concorrono – come si viene dicendo – plurime cause che, dunque, necessitano di essere fatte oggetto di esame distinto.

²⁰ Oscillante, nondimeno, si presenta sul punto la giurisprudenza che ha talora ammesso ed altre volte invece negato il possibile superamento del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni, sia pure in situazioni di emergenza (favorevole, ad es., è Corte cost. n. 87 del 2018; contrarie sentt. nn. 39 del 2013 e 99 del 2014, nelle quali ultime è altresì un richiamo a sentt. nn. 148 e 151 del 2012).

²¹ R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

La vicenda definita nel 2014, cui si è appena fatto cenno, sembra al riguardo fare storia a sé: si trattava, infatti, di dare ristoro a persona che aveva molto patito in conseguenza della prigionia cui era stata sottoposta durante la seconda grande guerra. Per centrare l'obiettivo prefissosi, la Consulta non ha esitato a mettere da canto la norma-base in tema di oggetto del sindacato di costituzionalità e categorie dalla lunga tradizione teorica, quale quella secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*, che avrebbero portato a considerare – come si diceva – abilitato ciascun operatore a darne il riconoscimento.

È bene non azzardare mai previsioni per l'avvenire che non di rado risultano quindi smentite; viene, tuttavia, da pensare che lo scostamento registrato nel corso di questa vicenda dai canoni del processo costituzionale possa restare un fatto isolato²².

È, ad ogni buon conto, di tutta evidenza la differenza che passa tra questa vicenda, venuta a maturazione nell'ambito delle relazioni interordinamentali, con altre ricadenti nel medesimo ambito, quali quelle che si hanno tra diritto interno e diritto dell'Unione europea.

Si faccia caso: al fondo, v'è pur sempre il bisogno della Corte di riaffermarsi quale principale (e, in qualche caso, *esclusivo*...) garante dei diritti fondamentali. Non si tratta, tuttavia, solo di assicurare l'ottimale tutela a questi ultimi, pur nei limiti consentiti dalle condizioni complessive di contesto; v'è anche il bisogno, dal giudice delle leggi intensamente avvertito (e non celato...), di riequilibrare l'assetto dei rapporti con gli altri giudici (e, segnatamente, con quelli comuni ma, di riflesso, con la stessa Corte dell'Unione), a suo dire vistosamente alterati. In realtà, l'obiettivo vero è di spezzare il cerchio soffocante chiuso dalla mano dei giudici stessi che si sono a forza conquistati il titolo di interlocutori privilegiati e, in un tempo per fortuna ormai trascorso, a conti fatti, esclusivi del giudice eurounitario, avvalendosi in misura crescente dell'arma del rinvio pregiudiziale.

Poco importa, in questo scenario, il fatto che il tribunale costituzionale si sia in passato da se stesso escluso dal canale che collega i giudici nazionali alla Corte di giustizia. La Consulta non si limita, dunque, a fare *mea culpa* (cosa che – come si sa – aveva già fatto da qualche anno a questa parte) ma rilancia, sollecitando i giudici, in caso di doppia pregiudizialità, a dare – preferibilmente²³ – la precedenza a quella costituzionale, pur laddove – e la cosa

²² Per fare un paragone comunque da prendere *cum grano salis*, è quanto si è, ad es., avuto con la nomina dei senatori a vita da parte del Presidente Pertini: una esperienza rimasta chiusa tra parentesi rispetto ad un indirizzo – come si sa – di ben altro segno.

²³ Lo riconosce ora espressamente un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 487 ss.; di recente, v., inoltre, R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 4 marzo 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta* 'oppor-

è francamente singolare – la norma sovranazionale violata dovesse essere riconosciuta dallo stesso giudice comune come dotata dell’attitudine ad essere portata ad immediata applicazione.

tuna’ della Corte costituzionale, e, dello stesso, ora, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell’opportuna scelta compiuta con l’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, 4/2019, 2 luglio 2019, 157 ss.; O. POLLICINO - G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019*. A ciascuno il suo: *ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 434 ss.; G. REPETTO, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell’UE*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 255 ss.; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in www.federalismi.it, 13/2019, 10 giugno 2019; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2019, 1 luglio 2019; V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni*, in www.rivistaaic.it, 3/2019, 10 luglio 2019, 404 ss., spec. 428 ss.; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2019, 388 ss., e, della stessa, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L’integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla “conformità” alla Costituzione e la mera “compatibilità” con la Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, in www.federalismi.it, 8/2019, 17 aprile 2019; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2019, 16 luglio 2019; L. CAVALLARO, *Le carte e le corti. Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2019, spec. § 3; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2019 e, nella stessa *Rivista*, M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*; G. TE-SAURO - P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in www.aisdue.eu, 1/2019, 6 maggio 2019, 27 ss., e, pure *ivi*, C. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE: dalla sentenza 269/2017 all’ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, 3 settembre 2019, 55 ss., spec. 70 ss.; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 615 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 3/2019, 23 settembre 2019, 642 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in www.federalismi.it, 18/2019, 2 ottobre 2019; V. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Corte costituzionale*, in *ConsultaOnLine*, 3/2019, 4 ottobre 2019, spec. 551 ss. Infine, G. MARTINICO, *L’idea di “concorrenza” fra Corti nel diritto costituzionale europeo, paper* in vers. provv. illustrato all’incontro di studi su *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, cit., spec. § 3, e ancora G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2019, 25 ottobre 2019, nonché i contributi al nostro incontro di I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d’ingaggio*, e M. LAZE, *Rapporti tra ordinamenti, doppia pregiudizialità e tutela dei diritti*, entrambi in www.gruppodipisa.it, in vers. provv., unitamente alla relazione introduttiva di R. ROMBOLI.

Non intendo qui tornare a fare l'ennesimo racconto di quanto affermato in Corte cost. n. 269 del 2017 e degli aggiustamenti dativi nelle pronunzie nn. 20, 63 e 117 del 2019, tutte fatte oggetto – come si sa – di un'autentica alluvione di commenti.

Su sei punti, tuttavia, desidero qui fermare nuovamente (e con la massima rapidità) l'attenzione²⁴.

Il primo è che non è chiaro quale sia il fondamento costituzionale della messa da canto del meccanismo dell'applicazione diretta del diritto sovranazionale, accompagnata dal recupero del sindacato accentrato, seppur limitatamente ai casi, comunque problematicamente accertabili, in cui siano in gioco i diritti fondamentali²⁵; e ciò, ove si convenga – come devesi convenire – che il meccanismo stesso gode della “copertura” offertavi da un principio fondamentale dell'ordinamento, in precedenza dallo stesso giudice costituzionale ritenuto idoneo a derogare alla regola di cui all'art. 134 con riguardo alle antinomie tra norme interne e norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie *self executing*²⁶. L'unica condizione legittimante lo spegnimento del meccanismo suddetto sarebbe l'opposizione dei “controlimiti” avverso l'ingresso di norme eurounitarie che vi contrastino. Un'ipotesi che, ovviamente, può (e deve) essere prefigurata e di cui peraltro – come si sa – si è già avuto riscontro ma non – come, invece, vorrebbe la giurisprudenza costituzionale – per il caso, di cui ora si discorre, che si accordi, pressoché per sistema, la

²⁴ Maggiori ragguagli a riguardo delle notazioni di seguito svolte possono aversi dai miei *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in *Org. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 3/2019, 15 luglio 2019, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 2/2019, 15 luglio 2019, che nondimeno vanno ora rivisti alla luce delle ulteriori precisazioni qui fatte.

²⁵ Dopo la 20, infatti, nessuno può con sicurezza dire quali questioni meritino di essere portate alla cognizione della Corte e quali invece richiedano di essere definite col meccanismo dell'applicazione diretta: la prima parola – come si è veduto – spetta al giudice comune ma l'ultima (e risolutiva) alla Corte stessa.

²⁶ Viene perciò a determinarsi una “rottura” della Costituzione; la stranezza è però data dal fatto che, diversamente da ciò che usualmente si ha, qui è un *principio* a derogare ad una *regola*, e non viceversa. L'ulteriore stranezza, altrove rilevata, è, poi, costituita dal fatto che, abbisognando – perlomeno allo stadio attuale di avanzata del processo costituente europeo in corso – le norme sovranazionali della “copertura” offerta dall'art. 11, se ne ha che la loro violazione, ridondando comunque in violazione del disposto ora richiamato, richiederebbe *in ogni caso* di essere portata alla cognizione della Corte, in applicazione dello schema usuale della fonte interposta. Senonché, laddove ciò dovesse aver luogo per le norme *self executing* dell'Unione, risulterebbe violato il precetto del trattato che prescrive l'immediata applicazione delle norme in parola e, *per ciò stesso*, l'art. 11 che vi fa (implicito) richiamo. Il sindacato accentrato, insomma, dovrebbe comunque aversi e... *non aversi*. Un autentico rompicapo, determinato dalla mancata introduzione, sin dalla nascita delle Comunità e poi dell'Unione, di una *Europaklausel* con le forme dell'art. 138, accompagnata da una esplicita deroga alla regola generale di cui all'art. 134 della Carta.

preferenza al sindacato accentrato di costituzionalità, pur laddove non sia contestata la violazione dei principi di base dell'ordinamento interno.

Il secondo è che, risultando imposta l'applicazione diretta per *ogni* norma dell'Unione che ne presenti l'attitudine, *quale che sia la fonte da cui risulta prodotta*, non si capisce come possa mai considerarsi rimesso – alla luce dell'ultima giurisprudenza – al discrezionale apprezzamento del giudice stabilire se farvi luogo ovvero battere la via che porta subito al sindacato accentrato, tanto più – come si diceva – laddove lo stesso giudice dovesse riconoscere nell'atto di proposizione della questione di costituzionalità il carattere *self executing* della norma sovranazionale violata. La Consulta – come sappiamo – scarica pilatescamente sul giudice la responsabilità della scelta, dichiarando in partenza la propria disponibilità (ed anzi la preferenza) a pronunziarsi per prima sulla questione, mentre quest'ultima dovrebbe, a mia opinione, essere dichiarata inammissibile per mancanza di un requisito indispensabile a radicare la cognizione della Corte sulla stessa.

Il terzo è che il meccanismo suddetto è stato pensato quale congeniale all'affermazione della *primauté* del diritto sovranazionale e, dunque, all'avanzata del processo d'integrazione europea. Averne ora circoscritto in considerevole misura l'area entro cui può spiegarsi (alla luce di quanto stabilito dalla 269 per le sole antinomie specificamente riguardanti norme della Carta di Nizza-Strasburgo e, dopo la 20, anche altre norme alle prime funzionalmente connesse²⁷) porta diritto all'effetto – lo si voglia o no e se ne abbia o no piena consapevolezza – di ostacolare l'avanzata suddetta e, per ciò stesso, d'introdurre elementi di *separazione* al posto di quelli d'*integrazione* tra gli ordinamenti²⁸.

Il quarto è che – perlomeno in molti casi – il giudice comune solo dopo aver interpellato la Corte di giustizia può avere chiaro il significato degli

²⁷ ... senza escludere – come si dirà sul finire di questa riflessione – che ci si possa portare anche oltre, ulteriormente “riaccentrando” il sindacato.

²⁸ Non è di qui indugiare circa lo stadio raggiunto dal processo d'integrazione sovranazionale, la cui avanzata risente pesantemente di condizioni di contesto, specie nella presente congiuntura di certo non benevole, vuoi per il rigurgito di un nazionalismo sempre più aggressivo ed inquietante e vuoi per le ingravescenti emergenze che Unione e Stati si trovano, ormai quotidianamente, a dover affrontare. Mi pare, nondimeno, che possa convenirsi su un punto: che gli enti in parola non sono, di certo, *pleno iure* integrati ma neppure sono *pleno iure* separati (cfr. la diversa impostazione rappresentata nell'intervento, cit., di M. LAZE); sono, appunto, in via di progressiva integrazione, segno marcato, altamente emblematico, della quale è il carattere condiviso della sovranità, nel quale peraltro si specchia il modo complessivo di essere della identità costituzionale di cui ciascun ente è dotato. Una identità che appare essere internamente composita, dal momento che ciascun ordinamento ha tra i propri principi fondamentali quello della reciproca apertura e disponibilità a far valere e portare ad effetto al proprio interno materiali normativi e giurisprudenziali provenienti dall'altro ed idonei a porsi in funzione servente dei fini-valori nei quali l'ordinamento stesso si riconosce, all'insegna di quel principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, di cui si dirà meglio più avanti.

enunciati contenuti nella Carta di Nizza-Strasburgo o in altre fonti ancora, come pure a riguardo di queste ultime se si dia quel rapporto di stretta connessione che – a stare alla 20 – solo giustifica la chiamata in campo della Consulta²⁹. Non si vede, dunque, come dar credito alla tesi, pure largamente diffusa, di quanti ritengono che la 269 avrebbe ribaltato l'ordine temporale con cui far luogo alla posizione di questioni pregiudiziali, rispettivamente, alla Corte di giustizia ed alla Corte costituzionale, né si vede come si possa accordare la preferenza, cui si è dietro accennato, alla pregiudizialità costituzionale, laddove il giudice abbia appunto bisogno di ricevere lumi dalla Corte dell'Unione.

Il quinto è che non è affatto detto che l'indirizzo inaugurato nel 2017 e viepiù precisato con le decisioni di quest'anno giochi a beneficio dei diritti fondamentali, secondo la giustificazione datane dal giudice delle leggi. A tacer d'altro, ne danno conferma i casi non infrequenti in cui da norme contrarie a Costituzione discendono effetti materialmente non sradicabili dal verdetto della Consulta e invece prontamente rimuovibili con la disapplicazione immediata delle norme stesse da parte del giudice comune.

Né varrebbe obiettare, con la stessa Corte³⁰, che il sindacato accentrato è il solo in grado di garantire quella certezza del diritto costituzionale, da cui può trarre non poco giovamento lo stesso primato del diritto sovranazionale. L'argomento va infatti incontro ad un duplice rilievo critico. Per un verso, prova troppo e, portato ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, richiederebbe il sistematico abbandono della tecnica dell'applicazione diretta delle norme dell'Unione *self executing*, ciò che – come qui pure si è rammentato – è però impedita dalla stessa Costituzione, in uno dei suoi principi fondamentali. Per un altro verso, poi, come si è fatto altrove notare, la sola *certezza del diritto* che abbia pregio e meriti pertanto di essere salvaguardata e trasmessa anche per l'avvenire è quella che si dimostri in grado di convertirsi e naturalmente risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro salvaguardia. La stessa Consulta se ne mostra avvertita con riguardo ad istituti da lunga tradizione considerati serventi la certezza in senso oggettivo, quale il giudicato, e tuttavia qualificati come recessivi proprio in funzione della ottimale tutela dei diritti (v., part., per la materia penale, Corte cost. n. 113 del 2011 e, per la materia civile e quella amministrativa, n. 123 del 2017)³¹.

²⁹ È questo uno di quei casi in cui può dirsi *per tabulas* assolto quell'“adeguato onere di giustificazione che indichi le ragioni del mancato, preventivo, sollevamento dell'incidente di costituzionalità”, di cui ragiona ora una sensibile dottrina (G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, cit., ult. par.).

³⁰ ... e la nutrita schiera di studiosi che ne condividono l'orientamento (per tutti, di recente, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, cit.).

³¹ Riferimenti a queste note e discusse vicende possono aversi da A. RANDAZZO, *La tutela*

Tutto ciò posto, è poi pur vero che la soluzione ideale è, a mia opinione, quella del cumulo dei rimedi³²: assistendosi dunque, in prima battuta, alla immediata “non applicazione” della norma interna contraria a norma sovranazionale *self executing* e, in seconda, alla estromissione con effetti *erga omnes* della prima ad opera del giudice delle leggi (sempre che nel frattempo non intervenga con sollecitudine il legislatore a rimuoverla). La qual cosa, tuttavia, comportando il superamento del canone della incidentalità, non potrebbe che aversi – a me pare – a seguito di una modifica in tal senso della disciplina che sta a base dei giudizi di costituzionalità. Per vero, si è di recente ipotizzato che l’innovazione in parola possa concretarsi anche *ope juris prudentiae*³³; senza, tuttavia, stare ora a discutere delle probabilità (a mia opinione, remote) che possono assegnarsi all’ipotesi in parola, consiglieri ad ogni buon conto di tenere ferma la naturale precedenza della pregiudizialità “comunitaria” sulla costituzionale. Ciò che, tra l’altro, può dar modo al giudice comune di rendere ancora più salda, fondata, la chiamata in campo della Consulta, sollecitata a conformarsi alle indicazioni date dalla Corte dell’Unione, laddove – come nell’ipotesi ora ragionata – diano conferma della sussistenza dell’antinomia. Il previo ricorso alla Consulta, di contro, fa correre il rischio che si abbiano, anche con una certa frequenza, divergenti

dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione, Giuffrè, Milano 2017, spec. il cap. III della parte II, e, ora, da E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al nostro Seminario, in www.gruppodipisa.it, in vers. provv.

³² La si può vedere illustrata nei miei *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, in AA.VV., *L’effetto diretto delle fonti dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell’Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 65 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 2/2015, 15 maggio 2015, spec. al § 5, e, *amplius*, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, 23 marzo 2018, 155 ss.; adesivamente, A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell’Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, in www.federalismi.it, *Focus Fonti*, 1/2017, 17 febbraio 2017, § 5; riserve nei riguardi di questa proposta sono, invece, in S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, cit., § 7; vi fanno ora richiamo anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 6, in nt. 9; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controllimiti*, cit., 18 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 25 ss.

³³ Ancora C. AMALFITANO, *op. et loc. ult. cit.*, ma v., già, R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2015, 27 s., e *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, 12 settembre 2014, 34, che nondimeno circoscrive il possibile superamento della rilevanza ai soli casi di questioni sollevate dai giudici di ultima istanza (un richiamo a questa proposta è, ora, anche in D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., 636). Non vedo, però, quale sia il fondamento teorico-positivo che legittimi il diverso trattamento in parola.

pronunzie delle Corti (specificamente nel caso che il giudice costituzionale rigetti la questione, mentre il giudice sovranazionale, successivamente adito in via pregiudiziale³⁴, rilevi l'incompatibilità della norma interna rispetto a quella eurounitaria)³⁵.

Il sesto ed ultimo punto è che, accordandosi la precedenza – perlomeno, preferibilmente – alla pregiudizialità costituzionale su quella “comunitaria” (*rectius*, eurounitaria), si va diritto incontro al rischio di un impoverimento grave del patrimonio dei diritti, la cui consistenza solo nel lungo periodo può essere determinata, per il fatto che verrebbe verosimilmente a calare drasticamente il numero dei rinvii pregiudiziali³⁶, sciupandosi di conseguenza consistenti e preziose opportunità di implementazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo, per il modo con cui dà ad essi voce la giurisprudenza eurounitaria. È vero che la giurisprudenza costituzionale si è ancora di recente (e in modo egregio) avvalsa – com'è noto – dello strumento del rinvio (ord. n. 117 del 2019); per “generoso” che sia l'uso fatto dalla Consulta dello strumento stesso³⁷, non è però chi non veda come esso non possa, per frequenza, essere minimamente paragonato a quello che se ne ha nelle aule in cui si somministra la giustizia comune, diffuse per l'intero territorio nazionale. Ed è, poi, anche vero che la giurisprudenza stessa non priva il giudice comune della facoltà di avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale anche successivamente all'apertura del giudizio di costituzionalità. Non è però affatto detto che

³⁴ Un sensibile studioso, che è anche operatore di giustizia, si pone tuttavia, retoricamente, ora l'interrogativo se, dopo aver interpellato la Consulta, il giudice si rivolgerà ugualmente alla Corte dell'Unione (P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in www.giustiziainsieme.it, 16 ottobre 2019, § 3). Diametralmente opposto l'avviso, manifestato nel corso del nostro Seminario, da I. MASSA PINTO, nella relaz. dietro già richiamata, dove si giudica assai probabile la successiva chiamata in campo della Corte dell'Unione.

³⁵ È vero tuttavia che, anche per la soluzione da me caldeggiata, le divergenze tra le Corti sono pur sempre da mettere in conto. Così, ad es., nel caso che, adita la Corte dell'Unione e ricevuta da questa una indicazione nel senso dell'antinomia, il giudice comune si rivolga poi alla Consulta sollecitandola a far luogo alla caducazione con effetti *erga omnes* della norma interna contraria al diritto eurounitario; a questo punto, la Consulta stessa potrebbe, a sua volta, rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, magari *esponendo* – come si è avuto con *Taricco* – i “controlimiti” e, dunque, spingendo la Corte stessa a mutare avviso. Com'è chiaro, si tratta però di una ipotesi di remoto riscontro, vuoi per il fatto che i rinvii da parte del giudice costituzionale non hanno di certo la frequenza di quelli dei giudici comuni e vuoi ancora perché l'esposizione dei “controlimiti” è un fatto di certo non di quotidiano accadimento.

³⁶ Si mostrano ora avvertiti di questo rischio anche G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 3/2018, 270 s., e C. AMALFITANO, *op. ult. cit.*, 16 ss.

³⁷ ... secondo l'auspicio, ancora di recente, rinnovato da S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., 8.

ciò avvenga o che possa avvenire (ad es., in caso di accoglimento della questione sollevata davanti alla Consulta, verrebbe a cessare la materia del contendere³⁸). In ogni caso, già il solo fatto di attendere l'esito del giudizio di costituzionalità³⁹ comporta un costo non da poco per ciò che attiene alla immediata applicazione delle norme sovranazionali riguardanti i diritti, specie per il modo con cui essi "vivono" grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁰.

Ad ogni buon conto, la stessa impostazione della questione di costituzionalità potrebbe trarre non poco beneficio dal previo utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale, dal momento che il giudice avrebbe modo di intendere nel modo giusto gli enunciati della Carta dell'Unione (o altri di fonti sovranazionali a questa connessi), alla luce delle indicazioni ricevute dalla Corte che ne è la più accreditata interprete e garante.

³⁸ Diversamente sul punto, di recente, G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 10/2019, 22 maggio 2019.

³⁹ Non è infatti da accogliere l'ipotesi di una congiunta prospettazione delle due questioni pregiudiziali, affacciata da un'accreditata dottrina (F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il "doppio rinvio"?*, in *Giur. cost.*, 2/2002, 781 ss.) e ripresa di recente in considerazione da C. AMALFITANO (*op. ult. cit.*, 18, e cit. *ivi*, in nt. 53, di uno scritto di R.G. CONTI, del quale v., inoltre, ora *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit., spec. § 4) e M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 20 ss., nonché G. MARTINICO, *L'idea di "concorrenza" fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, cit., spec. § 3, che discorre ripetutamente della possibile simultaneità dei rinvii. Ciò che potrebbe portare all'effetto della inammissibilità sopravvenuta, *secundum eventum*, della questione ancora da definire, qualora la Corte che si sia pronunciata per prima rilevi l'antinomia a danno della norma interna. Il punto è, però, che, nel caso dovesse pronunciarsi per prima la Corte di giustizia, sollecitando la immediata applicazione della norma eurounitaria al posto di quella interna, il giudice non potrebbe farvi luogo avendo trasmesso gli atti di causa alla Consulta e dovrebbe perciò comunque attendere il verdetto di quest'ultima, cosa che, a tacer d'altro, appare essere diseconomica. Se, poi, la norma interna non dovesse essere caducata (dal giudice costituzionale) ovvero non se ne solleciti la disapplicazione (dalla Corte di giustizia), manterrebbe utilità l'attesa del verdetto della Corte che non si sia ancora pronunciata [cfr., sul punto, la diversa impostazione adottata da N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 22, e I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, cit.]. Sta di fatto, però, che – come si veduto – il giudice comune rischia di trovarsi disorientato a fronte di indicazioni reciprocamente incompatibili venute dalle due Corti interpellate.

Dal punto di vista della Consulta, ad ogni buon conto, è chiaro che la manovra di "riaccentramento" avviata con la 269, per potersi affermare a modo, richieda – come si viene dicendo nel testo – la precedenza, da accordare in via preferenziale, alla pregiudizialità costituzionale e l'attesa del verdetto della Corte.

⁴⁰ Ciò che consiglia di introdurre, nella disciplina legislativa qui caldeggiata (e, in attesa della stessa, in una disciplina frutto di autonormazione della stessa Consulta), una corsia preferenziale per l'esame delle questioni di "costituzionalità-eurounitarietà" (ragguagli su questa proposta possono aversi dal mio *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"*, in *ConsultaOnline*, 3/2019, 20 settembre 2019, 474 ss.).

Le notazioni da ultimo svolte potrebbero valere anche sul versante dei rapporti tra diritto interno e CEDU, una volta che dovesse entrare a regime anche da noi il prot. 16 allegato a quest'ultima, malgrado la diversa natura ed efficacia che è propria dei pareri emessi dalla Corte di Strasburgo rispetto alle pronunzie della Corte lussemburghese adottate dietro rinvio⁴¹. Le cose potrebbero, poi, ulteriormente complicarsi per il caso che l'Unione, prima o poi, aderisca alla Convenzione, in adempimento di una precisa indicazione in tal senso contenuta – come si sa – nel trattato di Lisbona.

Non siamo in grado di prevedere quali scenari potranno al riguardo delinearsi. Ad es., è da mettere in conto un ulteriore rafforzamento del ruolo, *anche culturale*, esercitato dalle supreme magistrature del Paese rispetto a quello dei giudici restanti, per il fatto che a questi ultimi non è concesso di potersi avvalere della consultazione della Corte di Strasburgo⁴². In generale, a me pare che quanto più dovesse crescere il ruolo in parola, tanto più la Consulta potrebbe sentirsi sollecitata a far emergere in modo prepotente la propria vocazione al “riaccentramento”.

Al di là di ogni riserva di ordine teorico che, a mio modo di vedere, può affacciarsi avverso questa tendenza, l'auspicio è che, sia pure per progressivi aggiustamenti ed affinamenti, si riesca a dar vita ad un “sistema” duttile ed essenziale, regolato da canoni di giurisprudenziale fattura risultanti da *convenzioni costituzionali* siglate dalle Corti, quindi auspicabilmente converti-

⁴¹ Vantaggi e limiti dello strumento di cooperazione disciplinato dal prot. in parola sono ampiamente rilevati in dottrina [tra gli altri e di recente, v. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, 3/2019, 6 febbraio 2019, e, nella stessa Rivista, G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 5/2019, 6 marzo 2019; A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit.; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., § 7. Con specifico riguardo alla prima esperienza avutasene, v., tra gli altri, R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in www.questionegiustizia.it, 28 maggio 2019; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità “intenzionale”: il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (<http://www.fsjeurostudies.eu>), 2/2019, 15 luglio 2019, 160 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2019; M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in www.osservatorioaic.it, 5/2019, 3 settembre 2019, 1 ss.].

⁴² ... nonché per il fatto che solo le prime hanno di recente avviato proficui raccordi con la Corte europea (un raffronto tra questi ultimi e lo strumento di cooperazione di cui al prot. 16 è in R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in www.questionegiustizia.it, 30 gennaio 2019).

tesi in vere e proprie *consuetudini*, anche a *proiezione interordinamentale*⁴³.

Come si è veduto, qui pure non ho celato le perplessità in me sollevate dall'indirizzo inaugurato dalla 269 del 2017, con le successive sue messe a punto operate quest'anno; debbo tuttavia riconoscere che il compromesso raggiunto dalle più recenti decisioni della Consulta, seppur dotato di fragili basi teoriche, denota una flessibilità di cui era priva la pronunzia del 2017, se non altro per il fatto di rimettere al giudice la scelta della via da imboccare in caso di doppia pregiudizialità⁴⁴.

4. Doppia pregiudizialità e riflessi sugli equilibri tra legislazione e giurisdizione (e, perciò, sulla tenuta dello Stato costituzionale)

Quest'approdo presenta, inoltre, un innegabile vantaggio, di cui pure va dato atto; ed è che, non irrigidendosi l'ordine temporale di presentazione delle questioni pregiudiziali, si può, tra l'altro, centrare l'obiettivo di ridurre i casi, verosimilmente non pochi, di usi forzati, talora per vero abnormi, della tecnica della interpretazione conforme⁴⁵.

⁴³ D'altronde, una forma "razionalizzata" delle convenzioni in parola è data dai protocolli d'intesa al cui esame è dedicato lo studio di R. CONTI da ultimo cit.

⁴⁴ Resta nondimeno innegabile il fatto che – come si è poc'anzi rilevato – la regola dell'applicazione diretta, al ricorrere delle circostanze che ne giustifichino l'adozione, è categoricamente imposta dal trattato (e, perciò, dall'art. 11 cost.).

⁴⁵ Avverto subito, prima di andar oltre, che in questa sede non riprenderò annose questioni, delle quali ho già avuto modo di occuparmi in altri luoghi di riflessione scientifica, riguardanti la tecnica in parola, a partire proprio da quella di fondo relativa alla sua giustificazione, comunemente rinvenuta – come si sa – al piano della teoria delle fonti (e, segnatamente, di una teoria d'ispirazione formale-astratta) che vede come gerarchicamente ordinate le fonti in campo, quella oggetto d'interpretazione e l'altra verso la quale l'interpretazione stessa è orientata. Uno schema che, a tacer d'altro, non sembra poter valere con specifico riguardo alle Carte dei diritti, e però anche per esse (e con talune non rimosse aporie di costruzione teorica) è stato (ed è) utilizzato in giurisprudenza. Basti solo tenere a mente che, a giudizio della Consulta, la Carta di Nizza-Strasburgo sarebbe tenuta a mostrarsi rispettosa dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (i c.d. "controlimiti"), malgrado il suo riconosciuto (sent. n. 269 del 2017) carattere di documento "tipicamente costituzionale", nel mentre la CEDU sarebbe obbligata a prestare osservanza ad ogni norma costituzionale a motivo della sua (supposta) natura di fonte "subcostituzionale" (hanno fatto il punto sulla condizione della Convenzione in ambito interno, in occasione del nostro incontro, E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., e C. SICCARDI, *I ricorsi "in via diretta" alla Corte EDU riguardanti una legge o un'omissione legislativa: una potenziale alternativa al giudizio in via incidentale?*, in vers. provv.). Sta di fatto, però, che la stessa giurisprudenza, spianando la via all'applicazione del canone della massimizzazione della tutela dei diritti evocati in campo dal caso (spec. sent. n. 317 del 2009), mette in stato di palese sofferenza il criterio formale-astratto, che ha riguardo alle *fonti*, soppiantato – lo si voglia o no – da un criterio assiologico-sostanziale, che punta diritto sulle *norme*, sui modi continuamente cangianti con cui le stesse, rapportandosi ai beni della vita in gioco ed ai valori, si compongono in sistema.

Solo che, così stando le cose, diventa praticamente impossibile rinvenire un punto fermo, precostituito rispetto al fatto interpretativo, al quale ancorare l'interpretazione stessa, orien-

All'indomani della venuta alla luce della 269, ho avuto modo di osservare che la rigidità dell'impianto risultante da questa pronuncia, specificamente nella parte in cui in essa si faceva riferimento a casi di congiunta violazione di norme della Carta dell'Unione e della Costituzione sostanzialmente coincidenti, avrebbe potuto sollecitare i giudici comuni che non si riconoscessero nel nuovo indirizzo inaugurato dalla Consulta a mettere in atto misure difensive volte ad evitare d'investire la Consulta stessa di questioni di "eurounarietà-costituzionalità". Questa previsione è stata avvalorata dall'esperienza maturata nel breve torno di tempo trascorso dalla decisione suddetta a quelle di quest'anno.

Non dispongo dei dati relativi alle questioni sollevate dalle parti e rigettate dai giudici, dichiaratisi indisponibili a rivolgersi alla Consulta; certo è, però, che deve far riflettere la circostanza per cui non si è avuto neppure un caso di questione portata alla cognizione della Consulta stessa in cui – come richiesto dalla 269 – si rilevasse la congiunta violazione di norme della Carta dell'Unione e della Costituzione sostanzialmente coincidenti. Si è avuto un solo caso⁴⁶, per iniziativa della Cassazione, adottata peraltro in palese contestazione della 269, dal momento che si richiedeva alla Consulta un "chiarimento" circa un passaggio argomentativo obiettivamente insostenibile, tanto da essere quindi opportunamente abbandonato negli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale. Mi riferisco – com'è chiaro – all'affermazione fatta nella 269 secondo cui, una volta sollevata una questione di costituzionalità e da questa decisa (con pronuncia di rigetto), l'eventuale successivo

tandola sempre e comunque, *per sistema* appunto, verso questa o quella fonte. Di contro, risulta avvalorata l'idea secondo cui, sullo specifico terreno sul quale maturano le esperienze relative ai diritti, l'interpretazione conforme, quale forma espressiva eminente del canone sistematico d'interpretazione assiologicamente qualificato, si realizza ed afferma appieno solo nel suo svolgersi in modo circolare e senza alcun preorientamento assiomaticamente definito, sempre (e soltanto) puntando all'obiettivo, grazie alla mutua integrazione delle Carte dei diritti nei fatti interpretativi (part., sent. n. 388 del 1999), del conseguimento della sintesi ottimale dei beni della vita in gioco. È poi appena il caso di avvertire che il fine nondimeno non giustifica indebite forzature della lettera o di altri elementi bisognosi di essere comunque tenuti fermi in sede interpretativa, per quanto – come si è tentato di mostrare altrove [nel mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2019, 1 giugno 2019, spec. 41 ss.] – la composizione o, diciamo pure, la reciproca ponderazione delle tecniche interpretative risulti non di rado essere non poco problematica e sofferta [cfr. al mio punto di vista, già altrove enunciato e qui ulteriormente precisato, quelli di C. CARUSO, *Il "posto" della interpretazione conforme alla Cedu*, cit., 1985 ss., e gli altri rappresentati nel corso del nostro incontro odierno nella relaz. introduttiva di R. ROMBOLI, nonché da M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, e A.I. ARENA, *Interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità. Una ricostruzione (Apunti minimi)*, in www.gruppodipisa.it, in vers. provv.; di M. RUOTOLO v., inoltre, di recente, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in www.questionegiustizia.it, 22 ottobre 2018; infine, in prospettiva comparatistica, G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. maggio 2019, 555 ss.].

⁴⁶ ... di cui a Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831.

rinvio pregiudiziale avrebbe potuto essere effettuato unicamente “per altri profili”: una delimitazione palesemente confliggente con un consolidato orientamento della Corte dell’Unione ed inaccettabile dai giudici comuni che l’hanno prontamente contestata⁴⁷.

Ebbene, forte è il sospetto che possa essersi avuta, sia pure per via sotterranea ed abilmente mascherata, un’aspra contestazione del punto di diritto fissato dal giudice delle leggi da parte dei giudici comuni posta in essere a mezzo di usi distorti e ripetuti delle tecniche interpretative, a partire – come si diceva – da quella teleologicamente orientata⁴⁸. Insomma, un autentico *boomerang* per la Consulta che, puntando al “riaccentramento”, ha invece prodotto un effetto deflattivo; ed un pregiudizio altresì, com’è chiaro, per il legislatore e – ciò che più conta – proprio per i diritti fondamentali.

La manipolazioni sostanziali dei testi di legge, seppur abilmente mascherate ed argomentate, comportano pur sempre un’alterazione e confusione vistosa dei ruoli istituzionali: venendo meno la separazione dei poteri viene, poi, per ciò stesso meno anche la prima e più efficace delle garanzie dei diritti fondamentali, mirabilmente scolpita nell’art. 16 della *Dichiarazione* del 1789.

I diritti possono inoltre soffrirne per una ulteriore ragione. L’adattamento interpretativo posto in essere grazie alla tecnica suddetta ha, infatti, come si sa, effetti circoscritti al caso e, pur quando sia opera del giudice della nomofilachia, è pur sempre suscettibile di successivo ripensamento. A fronte di un uso generalizzato ed abnorme della tecnica in discorso, è preferibile – perlomeno, in molti casi – che si pervenga all’annullamento di un testo di legge contrario a Costituzione (e, in genere, a parametri superiori), sollecitandosi allo stesso tempo il legislatore a far luogo alla sua sostituzione con altro rispettoso dei parametri suddetti.

Legislazione e giurisdizione non sono (o, meglio, non *dovrebbero* essere), secondo modello, funzioni fungibili; di contro, sono (e devono essere) funzioni

⁴⁷ V., rispettivamente, Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, e Corte Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018. Su tutto ciò, di recente, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., spec. il § 5; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., e M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit. A giudizio di G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., 265 ss., la 269 non avrebbe circoscritto nel senso sopra detto la facoltà di rinvio pregiudiziale esercitata a seguito della proposizione di una questione di costituzionalità rigettata dalla Consulta.

⁴⁸ Si sofferma sul punto, ora, anche V. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Corte costituzionale*, cit., 547.

diverse⁴⁹. È ovvio che non è ormai più proponibile un modello teorico ingenuo e – a dirla tutta – culturalmente rozzo che riproponga l'immagine stantia del giudice *bouche de la loi*; di contro, la giurisdizione sempre più di frequente è chiamata, specie sul terreno su cui maturano le esperienze di tutela dei diritti, ad un'opera non di mera “*applicazione*”⁵⁰ bensì di “*attuazione*”⁵¹ di enunciati legislativi strutturalmente duttili ed essenziali⁵². Altro è, però, un concorso siffatto offerto alla normazione in forma di legge, ed altra cosa – com'è chiaro – un diritto giurisprudenziale che si sostituisca *per intero* al diritto legislativo, anche se la ripetuta inerzia del legislatore può non di rado obbligare a quest'esito⁵³. Si

⁴⁹ Sul punto, di cruciale rilievo, la dottrina, seppur con varietà di accenti, ha molto insistito (A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015, e, più di recente, per tutti, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in www.rivistaaic.it, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in www.rivistaaic.it, 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, in prospettiva giusfilosofica, B. PASTORE e G. PINO, nell'intervista su *La retorica dei diritti fondamentali?*, resa a R.G. Conti ed ospitata in www.giustiziainsieme.it, 10 luglio 2019).

⁵⁰ Così, invece, M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.

⁵¹ Dei giudici quali “fabbricanti di regole” ha, di recente, discorso F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in www.federalismi.it, 15/2019, 31 luglio 2019, spec. 2; sull'attività creativa dei giudici, peraltro variamente intesa, tra i molti altri, R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit., 345 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.

⁵² A favore di siffatta conformazione strutturale degli enunciati legislativi si è dichiarata una nutrita schiera di studiosi (tra i quali, di recente, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, cit.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss.; A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in www.statoechiese.it, 14/2019, 4 aprile 2019, spec. al § 7).

⁵³ Dei “diritti senza legge” hanno, tra gli altri, discorso A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, en-

tratta nondimeno – è bene parlar franco – di una complessiva torsione del modello, alla quale i giudici non possono sottrarsi per il fatto di essere comunque chiamati a somministrare giustizia, non già di una peculiare forma espressiva del modello stesso. Può, dunque, piacere o no, ma decisioni adottate da un giudice (a partire proprio da quelle del giudice costituzionale) che prendano innaturalmente il posto delle decisioni in forma di legge, pur laddove animate dalle migliori intenzioni, possono, per un verso, dar vita a quell'effetto-*boomerang*, di cui si è appena discusso, e, per un altro (ed ancora più importante) verso, far suonare le campane a morto per lo Stato di diritto costituzionale.

Mi parrebbe urgente che se ne abbia finalmente consapevolezza.

5. “Riaccentramento” del sindacato ed abusi nell'utilizzo delle tecniche decisorie (con specifica attenzione alla interpretazione conforme), da parte dei giudici comuni come pure del giudice costituzionale, da se medesimo portato ad assoggettarsi ad un'autentica *mutazione genetica*

La tecnica della interpretazione conforme, al pari di altre tecniche decisorie⁵⁴, una volta fatta oggetto di esame nelle sue ricorrenti manifestazioni, conferma quanto si diceva all'inizio di questa succinta riflessione circa la mobilità delle prospettive da cui può essere riguardata una stessa esperienza e la relatività delle qualificazioni conseguenti alla sua osservazione.

Cruciale rilievo, com'è evidente, è da assegnare alla circostanza che la Corte sia, o no, investita di una data questione di costituzionalità. Ove ciò non si abbia, ad es. perché il giudice ritenga che si diano gli spazi e le condizioni per una interpretazione conforme ovvero perché non si possa chiedere alla Corte il sostanziale rifacimento di un testo di legge che solo può aversi per mano del legislatore⁵⁵, la Corte stessa è fuori gioco e non ha perciò modo

trambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, risp., 1452 ss. e 1486 ss.; v., inoltre, i contributi ospitati nel fasc. 2/2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in www.federalismi.it, 14/2017, 5 luglio 2017; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in www.costituzionalismo.it, 1/2018, 12 febbraio 2018. Sul rilievo delle omissioni legislative nei giudizi sulle leggi, in prospettiva comparata, v., ora, AA.VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, a cura di L. Cassetti e A.S. Bruno, Giappichelli, Torino 2019.

⁵⁴ ... quale quelle del rispetto del “diritto vivente”, fatto tuttavia alle volte valere ed altre volte invece obbligato a recedere davanti all'interpretazione conforme, o l'altra del rispetto della discrezionalità del legislatore, essa pure idonea ad espandersi ovvero a contrarsi a fisarmonica a seconda delle circostanze, tecniche tutte che danno comunque modo alla Consulta di imporre alla bisogna il punto di vista di cui è portatrice, riconfermando in tal modo la centralità del proprio ruolo nel sistema.

⁵⁵ Quest'ultima evenienza va tuttavia mostrandosi sempre meno frequente in considerazione del fatto che la Corte tende a spingersi sempre più in avanti in operazioni di riscrittura

di far valere il proprio punto di vista. Se però è chiamata in campo, ha la possibilità di fare l'uso che reputa di volta in volta opportuno degli strumenti di cui dispone, in specie – per ciò che ora maggiormente preme mettere in chiaro – di quello della interpretazione conforme; e così potrebbe rigettare la questione, per la mancata effettuazione del tentativo volto a metterla in atto, ovvero accoglierla, convenendo col giudice *a quo* sulla impraticabilità della stessa⁵⁶. In un caso e nell'altro, decisivo – come si vede – è il punto di vista della Corte, confermandosi per questo verso il rilevante concorso offerto dal sindacato accentrato alla definizione del caso.

Si tenga poi presente che il terreno su cui la tecnica interpretativa in parola è messa in atto è reso particolarmente infido e scivoloso, per un verso, dal carattere non di rado ambiguo dei termini della questione (delle norme-oggetto, laddove risultanti da enunciati legislativi linguisticamente carenti, e delle stesse norme-parametro, non di rado espresse da disposti dalla struttura nomologica duttile e aperta) e, per un altro verso, dal carattere “plurale” della tecnica stessa, simultaneamente sollecitata a volgersi a Costituzione, a diritto internazionale e a diritto eurounitario. Non è un caso, d'altronde, che alcune tra le più spinose vicende, che hanno viste schierate su fronti contrapposti la Consulta e questa o quella Corte europea (come quella relativa alle leggi d'interpretazione autentica o, da ultimo, la *Taricco*), hanno avuto la loro origine nel diverso modo d'intendere principi fondamentali di questo o quell'ordinamento (o sistema normativo)⁵⁷.

Non posso qui tornare a dire, dopo averne fatto oggetto di studio ripetutamente altrove, del modo giusto di riguardare alle varie specie d'interpretazione conforme, a mia opinione comunque bisognose di non essere reciprocamente “graduate”, assumendosi il primato di questa o quella fonte (o ordinamento) rispetto all'altra (o all'altro). Certo si è che la reciproca combi-

degli atti sindacati ovvero “delegandone” il rifacimento al legislatore, col sostegno di indicazioni alle volte non di mero principio e persino con la fissazione di un termine, come ha appunto di recente fatto con l'ord. n. 207 del 2018 su *Cappato*.

⁵⁶ Anche su ciò si riscontra, ormai da qualche tempo a questa parte, una certa flessibilità della giurisprudenza (riferimenti in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁶, Giappichelli, Torino 2019, 180 ss.).

⁵⁷ L'alternativa si spiega per il fatto che la giurisprudenza costituzionale, nell'indirizzo sulla CEDU inaugurato con le famose sentenze “gemelle” del 2007, tiene distinta – come si sa – la condizione della CEDU stessa da quella del diritto eurounitario in genere, escludendo che la prima possa godere della “copertura” dell'art. 11 riconosciuta a beneficio del secondo. Non posso qui tornare a rappresentare le ragioni che, ad opinione mia e di altri, non consentono di aderire ad un orientamento siffatto, peraltro ancora da ultimo non accolto da un'accreditata dottrina (F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, cit., 491, in nt. 15). Le notazioni qui svolte, ad ogni buon conto, salva esplicita indicazione contraria, valgono con riguardo alle relazioni interordinamentali in larga accezione, riferite dunque tanto a quelle tra diritto interno e diritto dell'Unione quanto alle altre riguardanti la CEDU.

nazione e riduzione ad unità teorico-ricostruttiva delle manifestazioni della tecnica in parola è operazione estremamente disagiata e complessa, non di rado anche sofferta, laddove vengano a trovarsi sotto *stress* principi fondamentali e si tratti di ricercare soluzioni quanto più possibile miti e concilianti. Un esito, questo, che spesso richiede tempo, reciproca disponibilità all'ascolto da parte delle Corti, progressivi aggiustamenti di una soluzione dapprima, per l'una o l'altra ragione, comunque non pienamente appagante.

Assai istruttiva in merito a quanto si viene ora dicendo è la vicenda *Taricco*, sopra richiamata, la cui conclusione, a mia opinione, solleva non poche perplessità⁵⁸ ma che è comunque indicativa del fatto che, battendo la via del “dialogo”, non è impossibile far tornare una Corte sui propri passi e raggiungere un compromesso comunque accettabile⁵⁹. Anche le pronunzie di quest'anno sopra richiamate hanno sensibilmente temperato – come si diceva – l'iniziale e francamente intollerabile rigidità dell'impianto risultante dalla 269, spianando così la via a futuri svolgimenti delle relazioni tra gli operatori di giustizia aperti ad esiti plurimi in ragione delle peculiari connotazioni dei casi e delle diversa sensibilità degli operatori chiamati a gestirli.

L'esperienza più recente, peraltro, avvalorata l'idea che, a giudizio della Corte, le tecniche decisorie in genere siano strumenti multiuso, al punto da finire, in casi sempre più ricorrenti, con il sovrapporsi e reciprocamente confondersi⁶⁰. La qual cosa dà conferma della spiccata vocazione all'“accentramento” e, allo stesso tempo, della tendenza, dietro già segnalata, a far emergere in modo prepotente l'“anima” politica a discapito di quella giuri-

⁵⁸ V., infatti, il mio *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in Consulta OnLine, 1/2019, 25 marzo 2019, spec. 162 ss.

⁵⁹ Largamente apprezzato dai commentatori è stato il ripensamento avuto dalla Corte di giustizia; uno slittamento di piano si è avuto anche da parte della Corte costituzionale, specie per il fatto che nell'atto di rinvio pregiudiziale, di cui all'ord. n. 24 del 2017, si era accertatamente puntato sulle “tradizioni costituzionali comuni”, al fine di fare breccia nel giudice lussemburghese, ad esse riportandosi il principio di legalità in materia penale trascurato dalla prima pronunzia del giudice stesso, mentre nella decisione di fine partita del 2018 lo stesso principio è stato considerato espressivo della “identità costituzionale” trovata esposta a seguito della pronunzia in parola.

In verità, l'alternativa tra tradizioni ed identità – come si è mostrato altrove – è teoricamente fragile e bisognosa di essere fatta oggetto di tutta una serie di precisazioni qui tuttavia non riproponibili. Resta, ad ogni buon conto, il significato in sé dello slittamento suddetto, dal momento che le tradizioni sono – com'è stato detto da una sensibile dottrina – elemento di cerniera e, perciò, fattore di *integrazione* tra gli ordinamenti, mentre l'identità è (o, meglio, rischia di porsi quale) elemento e fattore di *separazione*. Per quest'ultimo aspetto, l'“accentramento” della vicenda *Taricco* in capo alla Corte, pur presentando l'innegabile pregio di aver portato ad un significativo aggiustamento della originaria posizione assunta dal giudice eurounitario, ha avuto un esito che non ha giovato – a me pare – alla causa della integrazione europea.

⁶⁰ Basti solo por mente alla innaturale commistione cui sempre più di frequente si assiste tra i profili processuali e quelli di sostanza ed all'uso omnicomprensivo che dunque si fa delle pronunzie d'innammissibilità, argomentate al piano del merito (sul punto, subito *infra*).

sdizionale, al punto da risultare quest'ultima in talune discusse (e discutibili) esperienze persino soffocata.

Per gli esempi, c'è solo l'imbarazzo della scelta. È, nondimeno, singolare e francamente stupefacente che alcune ordinanze d'inammissibilità ovvero di rinvio a futura udienza siano dotate della medesima struttura che è propria delle sentenze (con la parte del "ritenuto in fatto" e del "considerato in diritto"), come si è avuto con la ord. 207 del 2018 o con la 17 del 2019; e parimenti singolare è che il vaglio della sussistenza delle condizioni di ammissibilità si abbia attraverso un esame del merito ed all'esito di un'operazione di bilanciamento degli interessi in campo, come appunto si è avuto con l'ultima delle decisioni appena richiamate.

L'uso disinvolto e, diciamo pure, libero delle tecniche decisorie, con gli scostamenti frequenti e marcati dai canoni che governano lo svolgimento dei giudizi di costituzionalità, di cui si è venuti dicendo, costituisce la più vistosa riprova della tendenza al "riaccentramento" della quale siamo stati chiamati ad illustrare le più salienti espressioni.

Non discuto qui della bontà dei risultati in tal modo raggiunti; vedo, però, i rischi che si accompagnano all'affermazione di questa tendenza, specie alle sue punte maggiormente avanzate, per effetto delle quali potrebbe assistersi ad un'autentica *mutazione genetica* della Consulta, alla dismissione della sua natura di giudice, sia pure del tutto peculiare.

Di qui, un duplice, autentico ossimoro che va sempre di più prendendo forma e che potrebbe anche a breve giungere a compiuta maturazione.

Per un verso, nell'intento di mettere in atto una giustizia... *giusta*, specificamente volta a dare appagamento ai diritti fondamentali e, comunque, a far luogo alla loro oculata ponderazione con altri interessi meritevoli di tutela, la Corte rischia – come si diceva – di recare, sia pure involontariamente, un pregiudizio ai diritti stessi. Per un altro verso, pur laddove punti risolutamente al conseguimento di sintesi apprezzabili tra i beni della vita in campo, potrebbe determinare un *vulnus* a quella certezza del diritto che – come si è veduto – è una delle ragioni efficienti della manovra di "riaccentramento".

Lo scostamento dai canoni processuali – lo si voglia o no e se ne abbia o no la consapevolezza – assesta un colpo mortale alla certezza in parola. È strano che la Corte non si avveda della contraddizione insita nella sua giurisprudenza nella parte in cui si seguitano ad escludere le norme dei regolamenti camerale ovvero quelle dei regolamenti governativi aventi forza sostanzialmente primaria dal novero degli atti sindacabili nei giudizi sulle leggi⁶¹, in applicazione di un criterio di natura meramente formale posto a base del riconoscimento degli atti stessi, e invece si spiana la via al sindacato accentrato su norme non scritte, secondo quanto si è avuto nella già cit. sent. n. 238 del 2014.

⁶¹ Su quest'ultimo punto tornerò di qui a breve.

Oscillazioni di tale ampiezza tra un criterio di natura formale, che guarda agli *atti*, ed uno invece sostanziale, che assegna rilievo direttamente ed esclusivamente alle *norme*, rendono complessivamente precaria ed instabile la costruzione giurisprudenziale eretta per lo svolgimento dei giudizi e, con essa, parimenti precari appaiono gli indirizzi di volta in volta formati e riformati, come la tela di Penelope, oscillanti essi pure tra il corno dell’“accentramento” e quello della “diffusione”.

6. Notazioni finali a riguardo delle aporie teoriche di costruzione cui dà vita il modo con cui, a giudizio della Consulta, vanno risolte le antinomie tra diritto interno e diritto eurounitario e la solleccitazione che, per effetto dell’“accentramento” del sindacato sulle questioni riguardanti i diritti fondamentali, potrebbe aversene per un complessivo ripensamento della nozione di “valore di legge”, riferita ad ogni atto o fatto di normazione idoneo ad incidere sui diritti stessi

La conferma più vistosa delle oscillazioni in parola – come si è veduto con riferimento a talune esperienze maturate al piano delle relazioni interordinamentali e come può, peraltro, vedersi anche in ambiti materiali diversi – viene dalla osservazione degli usi che si sono fatti (e si vanno facendo) delle tecniche di risoluzione delle antinomie.

Si torni, per l’ultima volta, a considerare le tecniche riguardanti norme eurounitarie e norme interne.

Non discuto qui, dopo averne detto altrove, della solidità teorica della soluzione che porta a qualificare come *invalide* norme nazionali contrarie a norme dell’Unione non *self executing* e invece *valide* ma bisognose di essere “*non applicate*” norme nazionali contrarie a norme dell’Unione *self executing*. Per quanto la soluzione in parola possa sollevare talune perplessità⁶², sta di fatto che ormai si è imposta: si è, insomma, dato vita ad una vera e propria convenzione costituzionale tra i protagonisti della giustizia, quindi convertitasi in consuetudine operativa sistematicamente osservata, sì da sconsigliare che se ne ridiscuta la fondatezza.

Fermo invece l’attenzione sulla soluzione ad oggi affermatasi dopo le sentt. nn. 20 e 63 del 2019. Qui, non si ha alcuna differenza di ordine strutturale o funzionale: la norma sovranazionale offesa da quella interna potrebbe *in ogni caso* presentarsi come *self executing*. Ebbene, la qualifica ciononostante muta ugualmente ed esclusivamente in dipendenza di una scelta considerata

⁶² Di dubbia utilità pratica, in ispecie, appare essere il passaggio obbligato dal giudizio di costituzionalità per i casi di contrasto tra norme interne e norme sovranazionali non *self executing*, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, cit., spec. al § 5; sul punto, v., inoltre, A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell’Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., § 4.

del tutto libera, comunque legittima, del singolo operatore di giustizia, magari di un operatore che, in due vicende processuali assolutamente identiche e che tornino ad affacciarsi nel tempo, decida d'intraprendere una prima volta la strada che porta alla Corte dell'Unione ovvero alla Consulta ed una seconda quella opposta.

La conseguenza è che, riguardata la singola vicenda *ex post*, si scopre che la norma interna risulta ora invalida ed ora valida, ancorché “non applicabile”.

Tutto questo è, a mia opinione, del tutto privo di senso. Di contro, il criterio di risoluzione delle antinomie che fa leva sul carattere autoapplicativo delle norme sovranazionali violate, *quale che sia la fonte da cui sono prodotte*, oltre a risultare imposto da una precisa ed inderogabile previsione del trattato, presenta il pregio innegabile della stabilità ed uniformità: si offre, cioè, agli operatori perché ne facciano l'uso sistematico e coerente al quale sono chiamati.

Altra cosa è, ovviamente, che sia problematico in talune circostanze stabilire se il disposto sovranazionale in gioco abbia, o no, carattere *self executing*: una questione, questa, che sovente si ripropone e che può, ad ogni buon conto, trovare la giusta soluzione attraverso l'interpello del giudice dell'Unione.

Sta di fatto che, dopo la 269 e più ancora dopo le pronunzie di quest'anno, il quadro risulta complessivamente confuso ed appannato, e gli operatori, lasciati liberi circa la via da imboccare, dovrebbero soppesare i vantaggi e gli svantaggi conseguenti alla scelta che si accingono a compiere, senza che peraltro molte volte sia chiaro in partenza dove si corrano i rischi più gravi.

V'è di più. Ritenendosi il giudice costituzionale maggiormente attrezzato di ogni altro operatore di giustizia a farsi garante in ambito interno dei diritti fondamentali lesi da norme interne o anche da norme aventi origine esterna, avverso le quali può in ogni tempo azionarsi l'arma dei “controlimiti”, è da prendere in considerazione l'ipotesi di una graduale e crescente espansione dell'area in cui può farsi valere il meccanismo del sindacato accentrato.

In questa luce, merita – a mio modo di vedere⁶³ – di essere nuovamente vagliata, senza alcun preorientamento, l'ipotesi di un ripensamento della nozione di “valore di legge”, facendo allo scopo leva sia sul carattere, concettualmente evanescente, di strumentalità o di “connessione” che si riscontra in capo ad alcuni atti ad altri variamente legati, sia pure sulla “logica”, che si è veduto essersi talora affermata, che punta a dare rilievo non già agli *atti* bensì alle loro *norme*.

Sappiamo (e si è qui pure rammentato) che la giurisprudenza seguita ad essere al riguardo oscillante. Dopo però che si è messo da canto il *criterio strutturale* fondato sul carattere *self executing* delle norme sovranazionali violate, dandosi spazio ad uno *assiologico-sostanziale*, riferito alla natura dei beni della vita coinvolti (i diritti fondamentali), e dopo che si è spianata la

⁶³ Ho anticipato il pensiero ora nuovamente ripreso nel mio *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, cit., § 7.

via al sindacato anche su norme non scritte della Comunità internazionale, credo che nessuno resterebbe sorpreso se un domani la Consulta estendesse il proprio sindacato anche a norme interne risultanti da regolamenti (specie se aventi natura sostanzialmente primaria), sia pure limitatamente ai casi in cui se ne abbia un *vulnus* per i diritti fondamentali.

In fondo, come già avvertiva una dottrina molto autorevole⁶⁴, quella di “valore di legge” è una formula che può prestarsi ad una sua rilettura anche in prospettiva d’ispirazione assiologico-sostanziale, non necessariamente secondo quella tradizionale, fin qui affermatasi, di carattere formale-astratto.

Si vedrà.

Da come la Corte intende e vuol mettere in pratica il proprio ruolo, fissando certi equilibri (o... *squilibri*) nei suoi rapporti con gli operatori restanti, le esperienze della giustizia costituzionale potranno avere un verso ed un senso complessivo anche in rilevante misura diverso da quello avuto nel tempo a noi più vicino. L’augurio è che ogni passo sia a lungo pensato e che, al tirar delle somme, i diritti ne abbiano un guadagno, non un costo, preservandosi allo stesso tempo quel principio della tipicità dei ruoli (non solo rispetto ai decisori politici ma anche nei rapporti tra i giudici) il cui mantenimento è condizione della perdurante affermazione della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome.

⁶⁴ Il riferimento è, com’è chiaro, a C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano 1964.

Finito di stampare nel giugno 2020
dalla *Industria Grafica Vulcanica* - Nola (NA)