



**S. BARBARESCHI, CORTE COSTITUZIONALE E CERTEZZA DEI DIRITTI.  
TENDENZE NOMOFILATTICHE DEL GIUDIZIO SULLE LEGGI,  
EDITORIALE SCIENTIFICA, NAPOLI, 2022**

RECENSIONE\*

GIORGIO REPETTO\*\*

1. Un dato sempre più evidente nella riflessione scientifica sulla Corte costituzionale è la grande ripresa di interesse nei confronti degli aspetti di sistema del giudizio sulle leggi e delle trasformazioni che lo stanno investendo. Dopo un lungo periodo nel quale gli studi monografici sul tema si sono soffermati su singoli istituti del processo costituzionale, indagandone le sorti alla luce di prospettive sempre più dettagliate e specialistiche, si assiste oggi, con sempre maggiore frequenza, ad analisi di taglio più generale, nelle quali l’attenzione prestata a questo o quell’itinerario giurisprudenziale si rivela funzionale a evidenziare i profili sistematici del giudizio di legittimità costituzionale e, sullo sfondo, della collocazione della Corte costituzionale nei rapporti con la magistratura, con le corti europee e, non ultimo, con il legislatore.

Ciò che, a prima vista, potrebbe stupire di questo mutamento di prospettive è la rapidità e la nettezza con cui esso si è affermato: meno di un decennio, infatti, è passato da quando la produzione monografica sul tema ha registrato un significativo cambio di passo, tornando a evocare – nei titoli o nei sottotitoli delle ricerche – formule di portata generale come “trasformazioni”, “tendenze”, “percorsi”, “adattamenti”, “contaminazioni”, e via dicendo.

In realtà, tale ripresa di attenzione verso le coordinate di fondo del giudizio sulle leggi non fa altro che testimoniare, con sempre maggiore chiarezza, l’approdo a quella che oggi appare a tutti una nuova e inedita fase della giurisprudenza costituzionale, che ha interessato soprattutto (ma non solamente) il giudizio in via incidentale e le sue categorie. Una fase segnata, come ormai è ben noto, da un percorso di riaccostamento

---

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

\*\* Professore associato di istituzioni di Diritto pubblico nell’Università degli Studi di Perugia.

delle funzioni della Corte, misurato – attraverso l’azione convergente di una molteplicità di tecniche processuali e interpretative – con riguardo all’azione dei giudici comuni (basti pensare, prima di altro, alle sorti processuali dell’interpretazione conforme), delle corti sovranazionali (qui il richiamo è, evidentemente, alla “doppia pregiudizialità” e ai suoi itinerari) e del legislatore (dal progressivo ingresso delle azioni di accertamento, al tramonto delle rime obbligate, sino alla tecnica dell’incostituzionalità “prospettata”).

Tali e tante sono state le occasioni in cui la Corte ha rivisitato i suoi orientamenti consolidati, elaborando nuovi strumenti decisionali, e così evidente la convergenza di queste trasformazioni nella direzione di un nuovo accentramento, che era impossibile non attendersi uno sforzo della dottrina per sistematizzare queste novità, rinvenendone le ragioni di fondo, sottolineandone di volta in volta i punti di forza e le contraddizioni.

2. È quindi pienamente inserito in questo filone di studi e attento a cogliere lo “spirito del tempo” il volume di Simone Barbareschi, che indaga alcuni degli orientamenti che si sono accennati proponendo di individuare nella nomofilachia costituzionale la direzione di senso delle tendenze al riaccentramento del giudizio di costituzionalità, perseguito dalla Corte con l’obiettivo di contrastare l’incertezza nell’interpretazione (e nella conseguente applicazione) dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Costituzione.

Già nelle *Notazioni introduttive*, Barbareschi chiarisce come l’intento della ricerca sia quello di verificare se, al fondo di alcuni sviluppi giurisprudenziali più recenti, vi sia il tentativo della Corte di contrastare la “vasta lesione dell’interesse alla certezza del diritto, che costituisce il cuore del sistema accentrato di giustizia costituzionale”, perpetrata in particolare dall’incidenza sui diritti costituzionali delle disposizioni europee, la quale, se non adeguatamente guidata dalla Corte costituzionale, “può dar luogo all’introduzione casistica di posizioni di vantaggio e diritti non previsti, o diversamente contemplati, nel contesto nazionale, anche grazie alla possibilità per ogni organo giudiziario di valersi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia” (pp. XII s.).

Queste premesse sono sufficienti a delimitare il campo d’indagine della ricerca, che affronta dettagliatamente, nel corso dell’analisi, i principali fronti aperti nel confronto con i giudici comuni e con quelli europei, con uno sguardo particolarmente rivolto al diritto dell’UE e alla Corte di giustizia, vale a dire l’interpretazione conforme e i nodi emersi, successivamente alla svolta del 2017, sul terreno della doppia pregiudizialità e del ripetuto ricorso, nell’ambito del giudizio in via incidentale, al rinvio pregiudiziale.

Lo svolgimento del percorso di ricerca può essere agevolmente suddiviso, al di là della formale scansione in capitoli e sezioni, in due grandi parti, destinate rispettivamente a ricostruire le coordinate fondative dell’incidentalità nella prospettiva del raccordo tra poteri interpretativi della Corte e dei giudici, anche con riguardo al diritto sovranazionale (capp. I-II), e a mettere in luce le trasformazioni più recenti, tutte convergenti nel senso di alimentare le spinte centripete a favore della Corte costituzionale e del suo giudizio, tanto con riguardo all’interpretazione conforme che al

concorso di questioni pregiudiziali (interna ed europea) (cap. III). Un ultimo capitolo cerca di far convergere le analisi svolte e le trasformazioni evidenziate inquadrando nella prospettiva di una (nuova?) funzione nomofilattica assicurata dal giudice delle leggi, posta al servizio di un “valore fondamentale” quale quello della sicurezza giuridica intesa come argine al disperdersi delle prassi applicative sui diritti e all’incertezza che da ciò deriva.

Nella prima parte del volume, a meritare la maggiore attenzione sono i due spunti principali che guidano il percorso ricostruttivo dell’autore, incentrati sulla progressiva convergenza, grazie all’azione combinata della Corte e dei giudici, delle due sfere della legalità legale e della legalità costituzionale, e delle incertezze emergenti, durante i lavori dell’Assemblea costituente, quanto alla fisionomia e agli strumenti di giudizio della Corte costituzionale. In fondo, se è vero che queste incertezze, come ha insegnato Carlo Mezzanotte, derivavano prima di altro dalla difficoltà di sistematizzare la normatività costituzionale come categoria destinata a sostituirsi alla legalità tradizionale, è anche vero che il consolidamento avvenuto nelle prime fasi della giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 1 del 1956 – giustamente valorizzata da Barbareschi –, ha prodotto quale effetto un regime pur sempre incentrato sul dualismo Corte costituzionale-Corte di cassazione. Un dualismo che trova un suo “punto di equilibrio” solo con l’affermazione del diritto vivente (p. 76), che costituirà l’antefatto – a cavallo tra gli anni ’70 e ’80 – del percorso di diffusione del controllo di legittimità che giungerà a maturazione nel decennio successivo, che toccherà successivamente il suo apice nella sentenza n. 356 del 1996 per poi arrivare alla fase del “tramonto del delicato equilibrio sul fronte interpretativo” (p. 85), in cui la Corte “legittima delle letture audaci dei testi legislativi”, al tempo stesso censurando il giudice *a quo* quando questo “non ha sperimentato un’esegesi particolarmente creativa del dettato normativo” (p. 91).

Delle diverse prospettive sondate, quella intorno ai caratteri e ai confini dell’interpretazione conforme è quindi eletta dall’autore a punto di osservazione privilegiato dal quale misurare i percorsi di assestamento e di successiva riconfigurazione dei rapporti tra Corte e giudici comuni, al fine di comprendere quale tipo di accentramento sia il più idoneo a reggere le sorti di quei rapporti. Il passaggio che consente di cogliere il reale obiettivo dell’autore è quello in cui, dopo aver distinto un uso fisiologico e uno patologico del ricorso all’interpretazione conforme a seconda che venga rispettato o meno il limite della *littera legis*, ci si domanda: “se la *dottrina* dell’interpretazione conforme non implica una distorsione della lettera, non si capisce perché la Corte deleghi (in prima battuta) a tale operazione il giudice comune”. E prosegue subito dopo: “Il dubbio istillato è che si voglia nascondere il trasferimento – al livello della giurisdizione comune – di un compito spettante in via esclusiva alla giustizia costituzionale, ossia il potere di modificare (laddove possibile) la legge” (p. 159).

La citazione mi pare significativa perché restituisce un convincimento che trova sviluppo nella seconda parte del volume, in cui si viene progressivamente manifestando una equiparazione quasi senza scarti tra accentramento e nomofilachia, almeno nel

senso di ritenere che a gradi via via crescenti di accentramento finiscano per corrispondere pari incrementi di certezza nei risultati applicativi della Costituzione e dei diritti in essa garantiti.

3. Il capitolo centrale e più corposo del volume è dedicato ai “sommovimenti in senso centripeto” che hanno caratterizzato la stagione più recente della giustizia costituzionale, a partire dalla riconfigurazione dell’obbligo di interpretazione conforme gravante sul giudice, trasformato da iniziale obbligazione “di risultato” a più modesto (ma più realisticamente esigibile) obbligo di mezzi, secondo quanto la Corte ha costantemente affermato negli ultimi anni a partire dalla sentenza n. 221 del 2015.

Una prima riflessione che, sul punto, si potrebbe avanzare è quella intorno alla “nuova valorizzazione del diritto vivente” (p. 189) che conseguirebbe al ritorno dell’armamentario classico della stagione collaborativa tra Corte e giudici: dal diradarsi delle ordinanze di inammissibilità per mancato esperimento dell’interpretazione conforme al conseguente ritorno in auge delle sentenze interpretative di rigetto. Ecco, a fronte della considerazione prestata al grado di consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali quale condizione per la sollevazione o meno della questione, ci si può domandare se questo ritorno del diritto vivente abbia davvero caratteristiche simili a quelle che ne hanno contrassegnato l’emersione negli anni ’70. La mia impressione è che così non sia e che, anzi, l’attenzione prestata oggi agli orientamenti giurisprudenziali prevalenti quale condizione per l’instaurazione del giudizio di costituzionalità segua una logica diversa, finanche opposta, rispetto alla stagione passata. In quel frangente, infatti, al diritto vivente la Corte aveva fatto ricorso per trovare una formula di convivenza con la Corte di cassazione uscita vittoriosa dalla prima, celebre, “guerra tra le corti”. E quel diritto vivente si compendia in una serie di tecniche che avrebbero favorito, come si è anticipato, l’approdo al giudizio sempre più diffuso e concreto intravisto tra gli altri – seppur con formule non coincidenti – da Pizzorusso e da Luciani nella prima metà degli anni ’80.

Da strumento, in fondo, difensivo, di salvaguardia del proprio spazio d’azione, il richiamo al diritto vivente assume oggi una veste diversa, diventando – quasi in un ribaltamento dei rapporti di forza – il misuratore della tollerabilità dell’impatto delle sue decisioni nel sistema. Una volta persa la sua funzione originaria e prevalente, di operare come filtro di ammissibilità, e transitato nella fase di merito, il diritto vivente è oggi strumento funzionale più all’affermazione della Corte nel sistema che al raccordo delle sue decisioni con quelle dei giudici comuni, perché – sempre di più – la ricostruzione degli itinerari giurisprudenziali serve *in primis* alla Corte a garantire che gli esiti cui essa giunge non trovino ostacoli insormontabili in orientamenti consolidati del giudice di legittimità. Mi sembra che vada in questa direzione, tra gli altri, l’orientamento della Corte per cui le sentenze interpretative di accoglimento non richiedono più di aver ad oggetto un diritto vivente univocamente assestato, essendo a tal fine sufficiente anche una “consolidata giurisprudenza di legittimità” orientata in senso contrario a Costituzione (sentenze n. 68 del 2021 e n. 243 del 2022).

Chiaramente indirizzato al recupero dell’accentramento è anche il convincimento di Barbareschi in merito ai molteplici fronti aperti con la Corte di giustizia.

È il caso, affrontato in un *incursus* (pp. 190 ss.), della vicenda Taricco, in cui condivisibilmente si rende ragione della dura risposta cui la Corte è giunta nell’epilogo della vicenda (sentenza n. 115 del 2018) alla luce dei rischi che da una disapplicazione solo parziale della “regola Taricco” sarebbero venuti per la corretta (e certa) applicazione del diritto fondamentale di cui all’art. 25 Cost.

Ma è anche il caso, su cui il volume si diffonde maggiormente, delle sorti applicative del protocollo coniato dalla sentenza n. 269 del 2017 quanto all’inversione, rispetto al passato, del rapporto tra questione di legittimità costituzionale e rinvio pregiudiziale. Sul punto, mi sembra significativo, anche perché rappresentativo di un convincimento sempre più diffuso, che l’auspicio dell’autore vada chiaramente nel senso di un ampliamento dei margini di operatività del previo coinvolgimento della Corte costituzionale, anche qui al fine di contrastare prassi interpretative e applicative dei giudici comuni che, dietro il paravento del diritto dell’Unione direttamente applicabile, rischiano di offuscare la portata precettiva dei diritti garantiti in Costituzione.

La critica, sempre misurata ma pagina dopo pagina sempre più chiara, è che l’affidamento a un criterio meramente formale – consistente nell’invocata lesione di un diritto della Carta per il tramite dell’art. 117 Cost. – rischi di devolvere al giudice comune quelle situazioni di conflitto in cui ad essere in gioco sono situazioni assiologicamente (o materialmente) di contenuto costituzionale, come nel caso in cui vengano in discussione posizioni di vantaggio (o, corrispettivamente, di obbligo) discendenti da norme dei Trattati o del diritto derivato che non siano diretta promanazione di regole o principi della Carta.

Da un primo punto di vista, il richiamo è alle sentenze n. 11 e n. 44 del 2020 (ma anche alla successiva sentenza n. 149 del 2022) in cui la Corte, senza mai esplicitamente affrontare il problema, lascia intravedere la possibilità di un’estensione del suo sindacato (non più configurato come alternativo alla disapplicazione) ai casi di contrasto con norme di diritto UE in vario modo collegate alla Carta.

Da un secondo e più rilevante punto di vista, le perplessità dell’autore investono quelle decisioni nelle quali la Corte “pare riaffermare l’originario canone di ripartizione delle competenze con il giudice comune, ossia quello della struttura delle fonti, e il conseguente potere-dovere di non applicazione delle disposizioni nazionali confliggenti con il diritto europeo *self-executing*” (p. 248). Il richiamo, evidentemente, è alle sentenze n. 182 del 2021 e n. 67 del 2022: riguardo a quest’ultima, in particolare, Barbareschi si domanda se non sarebbe stato preferibile un esame nel merito, tenuto conto che la Corte avrebbe potuto valorizzare autonomamente il profilo del contrasto tra le norme censurate e l’art. 3 Cost., laddove l’esito di inammissibilità riduce i confini del sindacato accentrato, in certa misura sconfessando l’orientamento inaugurato dalla svolta del 2017 (p. 255).

Mi domando come queste perplessità possano coesistere con la ferma consapevolezza, in più occasioni esplicitata dall’autore, che al fondo delle posizioni

della Corte sulla doppia pregiudizialità vi sia, parallelamente al riaccentramento di funzioni in capo alla Corte, anche “uno spirito di leale collaborazione nei confronti della Corte di giustizia”, teso a evitare “forme di reazione sovraniste e di contrapposizione frontale, nella ricerca, il più possibile, e salva l’estrema lesione dei controlimiti, di un contemperamento tra identità europea e identità nazionale” (p. 258).

Se così è, e personalmente sono convinto che così sia, sembra inevitabile anche ritenere che lo spazio acquistato dalla Corte costituzionale sul terreno della doppia pregiudizialità in tanto può e deve ritenersi saldamente acquisito, in quanto vengano rispettate le prerogative della Corte di giustizia e i principi fondativi del diritto dell’UE, ivi inclusa la possibilità (di cui si discuteva nella sentenza n. 67 del 2022) che la disapplicazione sia uno strumento che mantiene una sua insopprimibile funzione sistemica quando non viene *direttamente* in gioco la compromissione di diritti costituzionalmente garantiti. In questo senso, l’interrogativo è se davvero si possa ammettere una piena e indiscriminata fungibilità tra disapplicazione e sindacato di legittimità costituzionale, o se, al contrario, i due strumenti non presidino meccanismi di raccordo e di integrazione che sono strutturalmente e funzionalmente diversi e che tali meritano di restare.

Certo, la spinta a sovrapporre quanto più possibile il margine di operatività dei due strumenti ha dalla sua (e non è poco) l’orientamento al risultato: la sentenza di accoglimento della Corte costituzionale ha il vantaggio di coprire con risultati *erga omnes* le singole e isolate prassi disapplicative, così servendo al meglio la certezza del diritto. Al tempo stesso, un esito del genere rischia di alterare gli equilibri che hanno finora retto il modello di integrazione del diritto UE, perché la generalizzata attuazione di esso (cioè: al di fuori dei casi di violazione congiunta della Carta e della Costituzione) per il tramite della Corte costituzionale inserirebbe un diaframma non previsto, che finirebbe per rendere progressivamente residuale il ricorso alla disapplicazione e aumenterebbe le occasioni di conflitto con la Corte di giustizia: basterebbe pensare all’eventualità dello spazio che effettivamente residuerebbe alla disapplicazione dopo una sentenza di rigetto dettagliatamente motivata della Corte costituzionale, tanto più se resa in ambiti non interamente predeterminati dal diritto UE.

4. Nel capitolo conclusivo (*Le funzioni di “nomofilachia” della Corte costituzionale. Considerazioni conclusive*), l’a. tira le fila degli approfondimenti svolti nel corso della ricerca, giungendo a esiti che hanno il merito di cogliere con esattezza i principali snodi riguardanti l’evoluzione più recente della giurisprudenza costituzionale e la conseguente collocazione della Corte nel sistema. Vorrei conclusivamente soffermarmi su due passaggi, cercando di alimentare un dibattito con l’autore che, più che sui molti punti di convergenza, si soffermi sugli aspetti che mi sembrano forieri dei maggiori interrogativi.

Mi sembra indubitabile che, al fondo degli orientamenti giurisprudenziali presi in esame nel libro, vi sia “l’intenzione della Corte sia di assicurare la certezza del diritto, sia di porsi al centro di processi applicativi ed ermeneutici basati sui principi di stampo costituzionale, in ragione della pluralità di soluzioni prospettabili nell’applicazione

degli stessi” (p. 321). Ma è anche vero, come correttamente rileva Barbareschi, che questo riaccentramento matura grazie al fatto che la Corte decide, con più intraprendenza rispetto al passato, di “po[rsi] al crocevia dei processi di adeguamento della legalità legale alla legalità costituzionale” (p. 327), come anche – si potrebbe aggiungere nello stesso spirito – della legalità del diritto dell’UE, sullo specifico terreno dei diritti fondamentali.

Queste due affermazioni fanno presagire due diversi modi di operare del principio di certezza del diritto e dei diritti quale correlato essenziale dell’accentramento del giudizio di costituzionalità.

In un primo senso, si potrebbe intendere quell’accentramento in senso forte, vale a dire quale quadro regolativo in cui, sui diversi fronti presi in esame, la soluzione preferibile resta, quanto più possibile, quella volta a favorire un recupero di spazi decisionali *nel merito* della Corte costituzionale: sul terreno dell’interpretazione conforme, della doppia pregiudizialità, ma anche (si potrebbe aggiungere) sull’abbandono delle rime obbligate, sull’accesso al sindacato di costituzionalità nel corso di giudizi di accertamento, e via dicendo. Pare difficile dubitare che, in un quadro del genere, verrebbe salvaguardata una nozione altrettanto forte di certezza *dei diritti*, proprio perché sull’azione della Corte finirebbe per scaricarsi l’onere di sorreggere una buona parte dell’attività interpretativa e applicativa demandata sino ad oggi ai giudici comuni, quando non di recuperare anche uno spazio autonomo rispetto alla generalità delle carenze e delle omissioni del legislatore. Si potrebbe tuttavia dubitare che, siccome posto al servizio dei diritti, questo percorso non farebbe altro che aumentare la natura concreta del giudizio: se commisurata agli esiti di quest’ultimo e non ai presupposti per la sua instaurazione, infatti, l’alternativa tra astrattezza e concretezza deve ritenersi tutt’altro che netta, ben potendo convivere le due connotazioni senza escludersi reciprocamente. Per fare un esempio: ammettere una questione sorta da una *fictio litis* denota il prevalere della componente astratta o di quella concreta del giudizio di legittimità? La risposta mi pare tutt’altro che univoca e questo, probabilmente, porta a ritenere, in una prospettiva più generale, che all’aumento del tasso di accentramento corrisponda inevitabilmente *anche* un aumento del tasso di astrattezza e di obiettività del giudizio affidato alla Corte.

Ma, in un secondo senso, il recupero dell’accentramento può essere inteso in un’accezione meno perentorio, in cui ad essere valorizzata è la funzione della Corte costituzionale di garantire l’equilibrio e i collegamenti tra le diverse sfere della legalità (compito sì, questo, davvero infungibile), il suo operare come “manovratore degli scambi”, senza per questo ritenere che la superiorità della legalità costituzionale porti necessariamente con sé anche un *surplus* funzionale della Corte rispetto agli altri attori, siano essi giurisdizionali o politici, interni o sovranazionali. È pertanto inevitabile che la certezza dei diritti e la sicurezza giuridica, sebbene principi essenziali da preservare, non possono condurre a ripristinare – sia pure *sub specie Constitutionis* – l’idea imperativistica dell’unica norma vera, il cui accertamento è demandato al suo interprete a ciò istituzionalmente preposto. In questo scenario, l’accentramento non sottrae quindi la Corte alla necessità della costante relazione e cooperazione con i suoi interlocutori,

ma nella consapevolezza che anche alla giustizia costituzionale (come a ogni altro potere in una democrazia pluralista) devono essere posti dei limiti di natura funzionale, che devono essere ricavati dalle regole del proprio giudizio e dal principio che vuole l'interpretazione costituzionale demandata, pur nel rispetto delle diverse attribuzioni, a una pluralità di attori e di soggetti.



REPLICA\*

SIMONE BARBARESCHI\*\*

Non è certamente un ringraziamento di stile quello che rivolgo alla Rivista del Gruppo di Pisa, per aver scelto di ospitare una recensione alla mia monografia, e al Prof. Giorgio Repetto, per aver letto con attenzione il lavoro, sapendo cogliere – con puntualità, nonché con ampiezza di visuale – le principali questioni sottese ad esso.

Il Prof. Repetto ha già ben ricostruito i punti principali del libro, il taglio “di sistema”, che il sottoscritto voleva far emergere a fondo dell’analisi giurisprudenziale, e altresì alcuni aspetti che meriteranno, nel prossimo futuro, anche da parte di chi scrive, un *surplus* di riflessione.

Credo che ciò sia stato possibile perché il recensore incarna tanto lo spirito del costituzionalista, quanto quello del comparatista, con una particolare attenzione all’ordinamento europeo e al sistema internazionale. Ritengo che i tanti spunti di riflessione contenuti nella recensione debbano essere così contestualizzati, rappresentando certamente un elemento di crescita e arricchimento per chi, come il sottoscritto, predilige l’analisi dell’ordinamento costituzionale nazionale.

Sono altrettanto convinto che, al netto di qualche divergenza, i punti di contatto con il Prof. Repetto siano certamente prevalenti.

Rimane forse quindi poco spazio per una replica in senso proprio.

Dunque, nel ritornare su alcuni aspetti del lavoro, proverò a rispondere ai due interrogativi sollevati dal mio interlocutore. Interrogativi che (forse in modo un po’ “grezzo”) possono essere così sintetizzati:

a) innanzitutto, ci si chiede se effettivamente – come sostengo nel corso dell’ultimo capitolo – alla tendenza all’accentramento, a garanzia della certezza diritti fondamentali, corrisponda una maggiore concretezza del giudizio costituzionale. Insomma, potrebbe sembrare un’aporia affermare che la *tendenza* della giustizia costituzionale sia verso un maggiore accentramento, usualmente connotato da un elevato grado di astrattezza, ma che le pronunce risentano delle caratteristiche specifiche dei giudizi *a quibus*.

b) il secondo quesito concerne, così si può dire, quale sia il limite massimo di quest’ampia operazione di accentramento *in fieri*, e segnatamente sin dove i principi della democrazia pluralista, i cui diversi attori istituzionali sono “fonti” di interpretazione, e del processo costituzionale possono essere flessi a favore della certezza dei diritti. Mi si chiede, in buona sostanza, se non sia preferibile una posizione meno perentoria sull’accentramento.

---

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

\*\* Assegnista di ricerca di Istituzioni di Diritto pubblico nell’Università degli Studi «Roma Tre».

Il primo profilo che credo sia da rimarcare concerne le ragioni di fondo (o meglio una delle ragioni di fondo) di quest’ampia manovra di riaccentramento, di cui si è tentato di dare una lettura “nomofilattica”: si ritiene che alla base dell’attenuazione dell’onere di interpretazione conforme a Costituzione (sanzionato rigidamente con l’inammissibilità sino a qualche anno fa), così come del nuovo *trend* sulle questioni doppiamente pregiudiziali, vi sia anche la presa d’atto che i contrasti ermeneutici tra i giudici derivino, tra l’altro, dalle inevitabili scelte di valore compiute nella lettura delle fonti ordinarie alla luce di quelle dal contenuto costituzionale ovvero dall’applicazione diretta di quest’ultime, senza che il nostro ordinamento contempra cogenti strumenti a garanzia dell’uniformità dell’interpretazione.

Insomma, mi pare che la Corte costituzionale – anche in ragione della presenza negli ultimi collegi di autorevoli giuristi particolarmente attenti al tema – si sia resa conto che l’utilizzo della Costituzione da parte del giudice comune, pure nelle ipotesi che non travalicano l’orizzonte di senso delle disposizioni, non può essere privo di limiti: se, da una parte, assicura che la tutela dei diritti sia più aderente al caso concreto, dall’altra, aumenta il rischio di disparità di trattamento e di “entropia” del sistema, frutto delle portate *open texture* delle disposizioni sui diritti.

Alla luce di queste considerazioni si è provato a sostenere che il criterio della struttura delle disposizioni costituisca, oggi, un canone labile su cui fondare il riparto delle competenze tra giudici comuni e Corte costituzionale, in ragione della tendenza – propria altresì della Corte di giustizia – a riconoscere immediata precettività a disposizioni dal contenuto ampio.

Anche in ragione di ciò, parimenti, si è detto che, per motivi di coerenza, il nuovo riparto di competenze, delineato a partire dalla sentenza n. 269 del 2017, sembrerebbe reggersi su un criterio meramente “nominalistico”, tale per cui laddove vengano in rilievo contemporaneamente le disposizioni della Carta di Nizza e della Costituzione, i giudici comuni *potrebbero* optare per il giudizio accentrato di costituzionalità, senza doversi interrogare sulla struttura delle disposizioni (altrimenti, la certezza perseguita rischierebbe di disperdersi in mille rivoli, in ragione delle plurime impostazioni sul contenuto e la struttura delle disposizioni della Carta UE).

Allo stesso modo, se si muove dalla convinzione, come quella di chi scrive, che si debba guardare con favore al *trend* inaugurato con la sentenza n. 269 del 2017, pare conseguenza inevitabile quella di estendere il sindacato della Corte costituzionale a tutte le ipotesi in cui l’applicazione diretta delle disposizioni europee (con disapplicazione di quelle nazionali) celi, surrettiziamente, il ricorso a previsioni della Carta di Nizza ovvero a fonti europee dal carattere costituzionale (come è avvenuto nei casi della sentenza n. 20 del 2019 e della sentenza n. 11 del 2020). Il rischio altrimenti è quello di *bypassare* il giudizio sulle leggi attraverso l’evocazione o il ricorso alle sole fonti di diritto derivato ovvero alle disposizioni dei Trattati, senza tener in considerazione il loro contenuto.

Al contrario, la sola indicazione di parametri interni nell’ordinanza di rimessione rende esente la Corte costituzionale dal porsi dubbi di compatibilità con il diritto europeo? Recentemente, nell’analizzare le sentenze n. 262 del 2022 e n. 73 del 2023,

successive all’uscita del libro di cui si discorre, attenta dottrina ha risposto che si tratta di «una circostanza del tutto priva di significato quanto all’accertamento di una ipotesi di “doppia pregiudizialità”, posto che tale proprietà è riferita ai dubbi che investono la norma da applicare nel giudizio principale e non alla scelta dei parametri in ordine ai quali la questione di legittimità costituzionale viene promossa» (P. Faraguna, *La costruzione di tutele dei diritti fondamentali «sempre più integrate». Orgoglio e (doppio) pregiudizio di fronte alla Corte costituzionale*, 2023, 13). Allo stesso tempo, nei casi che hanno portato all’adozione delle ordinanze di rinvio pregiudiziale sulla disciplina del mandato d’arresto europeo, specie nella parte in cui non avrebbe tutelato adeguatamente la salute del consegnando (ordinanza n. 216 del 2021, su cui anche *infra*), la Corte costituzionale ha dato prova di saper individuare la matrice delle fonti nazionali nel diritto dell’Unione, così da muovere due acuti quesiti alla Corte di Lussemburgo (come già avvenuto nel caso *Consob*, ordinanza n. 117 del 2019).

In questo contesto penso si debba collocare anche la vicenda della sentenza n. 67 del 2022, rispetto alla quale il Prof. Repetto esprime un giudizio pienamente positivo e altrettanto critico delle mie posizioni. In realtà, anche sulla base di quanto sosterrò a breve, credo anche io che non sia possibile affermare la «piena e indiscriminata fungibilità tra disapplicazione e sindacato di legittimità costituzionale»; tuttavia, al netto delle problematiche concernenti la sola indicazione nell’ordinanza di rimessione dei parametri europei, mi pare che in quel caso l’accesso al merito sarebbe stato innanzitutto giustificato dalla necessità di una tutela uniforme dei diritti fondamentali (e segnatamente dell’art. 3 Cost.) nei confronti della Pubblica amministrazione. Altresì mi domando (andando anche oltre quanto scritto nel libro, ma ponendo a mia volta un interrogativo a chi legge) se effettivamente – in un caso come quello che si discorre – una sentenza *erga omnes*, fondata su una decisione della Corte di giustizia, avrebbe depotenziato il diritto europeo ovvero se quest’ultimo non ne sarebbe uscito rafforzato. Pur consapevole (e convinto) della necessità di rispettare il requisito della rilevanza e l’incidentalità del giudizio costituzionale (è questo l’elemento di maggior forza della decisione n. 67), mi chiedo, infatti, se l’ormai acquisita posizione della Corte costituzionale come “giudice europeo” non possa condurre ad una piena valorizzazione di tale ruolo, anche sul fronte della caducazione delle disposizioni.

Tutto ciò posto, vorrei porre l’accento su un ulteriore tratto che sembrerebbe emergere nella giurisprudenza costituzionale in materia di doppia pregiudizialità e che consente di abbozzare una primissima risposta al secondo quesito posto dal Prof. Repetto (quello sui limiti al riaccentramento).

Infatti, specie a seguito delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019, si viene delineando un meccanismo alternativo tra gli strumenti di garanzia del diritto europeo (rinvio pregiudiziale e disapplicazione) e la questione di legittimità costituzionale; un meccanismo che ammette la possibilità per l’autorità giudiziaria di ricorrere ai primi *anche* all’esito del giudizio costituzionale. Così facendo la Corte costituzionale sembrerebbe delineare una sorta di “gerarchia” dei livelli di tutela dei diritti fondamentali, tale per cui soltanto per i diritti iscritti nella Costituzione (e nel catalogo europeo) si invoca la necessità del sindacato accentrato, a garanzia della certezza; con

riferimento, invece, ai diritti contemplati esclusivamente nella Carta di Nizza – sempre che sia possibile affermare che una prerogativa trovi tutela a livello europeo e non anche a livello costituzionale/nazionale – le ragioni della certezza sembrerebbero affievolirsi e il giudice delle leggi non parrebbe chiudere del tutto ad un giudizio *case by case*. Insomma, la giurisprudenza costituzionale sembrerebbe ammettere una tutela parcellizzata, dal basso, per i diritti di matrice europea, affermando invece la necessità di una garanzia uniforme, dall’alto, per le prerogative che sono a basamento del nostro ordinamento.

A questa prima osservazione in ordine ai limiti e alla massima estensione dell’accentramento si possono aggiungere ulteriori argomenti, che spero possano meglio chiarire la mia posizione in ordine al tipo di certezza che dalla Corte si può pretendere.

Invero, e credo che la più recente giurisprudenza sul rinvio pregiudiziale sia eloquente di ciò, sono fermamente convinto che l’accentramento non debba sottrarre il giudice costituzionale da una continua e rispettosa interlocuzione con il giudice europeo e da una costante cooperazione con gli altri attori istituzionali (*in primis*, i giudici comuni), che fanno vivere il giudizio in via incidentale.

In questo senso si può leggere anche la riemersione delle sentenze interpretative di rigetto, la cui capacità di affermarsi nell’ordinamento deriva dall’autorevolezza dell’organo da cui promanano e non dalla forza giuridica che è loro propria, richiedendo necessariamente l’intervento della magistratura.

È sempre in questa prospettiva cooperativa che la Corte costituzionale può garantire, in pari misura, una tutela olistica dei diritti e la loro certezza: ascoltando gli attori istituzionali (e segnatamente le diverse giurisdizioni con cui entra in contatto) il nostro giudice delle leggi può effettivamente assicurare adeguati bilanciamenti tra i diversi interessi – talvolta corrispondenti anche ai diversi livelli di legalità – che permeano il giudizio costituzionale. Non è la teoria di una “voce sola”, bensì quella di un giudice delle leggi che può “chiudere il cerchio”, sempre più consapevole della propria posizione nel sistema.

Inoltre, non è un riaccentramento *in senso forte* quello che emerge dalla più recente giurisprudenza, tanto per ragioni attinenti alla struttura del processo costituzionale, quanto perché la Corte ha dato prova di saper “modulare” le proprie pronunce sulla base delle risposte ricevute da Lussemburgo.

Con riferimento al primo profilo, com’è noto, la nuova regola sulle questioni doppiamente pregiudiziali – a differenza della precedente consolidata impostazione – manca di strumenti processuali volti a garantire la priorità della questione di costituzionalità rispetto a quella europea. Pertanto, se, da un lato, è la Corte stessa che si fa parte diligente del un nuovo “patto” proposto ai giudici comuni – rinviando alla Corte di giustizia, se necessario –, dall’altro, spetta alla magistratura un ruolo fondamentale, poiché la nuova giurisprudenza ne accentua il ruolo propulsivo del giudizio incidentale.

Anche con riguardo ai rapporti con la Corte di Lussemburgo è innegabile che il nuovo *trend* accentrato abbia aperto una nuova stagione del dialogo tra Corti: se, sino a qualche anno fa, il nostro giudice delle leggi era restio a proporre rinvii pregiudiziali, oggi, invece, è tra i principali protagonisti di tale strumento sul panorama europeo. Già

questo dato, forse, basterebbe a diradare i dubbi circa i rischi di un'eccessiva espansione del giudizio costituzionale o finanche di una sua connotazione “nazionalistica”.

Invece, mi domanderei: chi meglio della Corte costituzionale può prospettare olisticamente l'insieme degli interessi dal punto di vista dell'ordinamento costituzionale? L'esclusiva interlocuzione tra giudici comuni e Corte di giustizia rischia di generare nuovi casi Taricco e, sebbene la Corte costituzionale non possa impedirlo, può (*rectius*: deve) almeno evitare di autoescludersi aprioristicamente dal dialogo.

Forse, però, il dato più rassicurante in ordine ai confini e alla massima estensione del ri-accentramento proviene dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che recentemente (in una pronuncia successiva alla pubblicazione della mia monografia) ha mostrato come quel limite sia caratterizzato da una certa mobilità e da una sincera apertura al diritto europeo, capace di condurre a soluzioni non perentorie e mediane.

Invero, nel rispondere al quesito della nostra Corte sulla tutela del diritto alla salute nel mandato di arresto europeo (di cui già si è detto), il giudice di Lussemburgo ha provveduto in modo inaspettato e non del tutto in linea al quesito pregiudiziale: nella sentenza del 18 aprile 2023, in causa C-699/21, E. D.L, la Corte di giustizia, da un lato, ha affermato che la possibilità di non procedere alla consegna è possibile solo nell'ipotesi in cui ciò possa comportare un rischio reale di trattamenti inumani e degradanti (mentre nell'ordinanza n. 216 del 2021 si faceva riferimento, più genericamente, al «pericolo di subire un grave pregiudizio alla (...) salute») e, dall'altro, ha individuato la *sedes* in cui è possibile far valere il diritto alla salute nella fase esecutiva del mandato di arresto europeo (ipotesi esclusa dalla nostra Corte costituzionale nella citata ordinanza n. 216, dovendosi piuttosto prediligere l'introduzione in via pretoria di una nuova causa di rifiuto).

Dalla vicenda in questione emerge un certo disallineamento tra quesito pregiudiziale e risposta della Corte di Lussemburgo. Tuttavia, ciò che ora interessa evidenziare è la strategia con cui, nella sentenza n. 177 del 2023, la Corte costituzionale “chiude il cerchio”, ricomponendo i livelli di tutela. Nella decisione si precisa «come la soluzione indicata dalla Corte di giustizia con lo sguardo rivolto all'intero spazio giuridico dell'Unione debba inserirsi nello specifico contesto normativo italiano» e si individua una nuova ipotesi di rifiuto da «collocarsi dopo il vaglio delle condizioni positive e negative previste in particolare dagli artt. 17, 18 e 18-bis, ma prima della decisione finale sulla consegna».

Il giudice delle leggi, nel compiere quest'operazione di “ortopedia” giurisprudenziale, ricorre ad una singolare sentenza interpretativa di rigetto, che, da una parte, affievolisce le distanze con il diritto europeo, valorizzando il *dictum* della Corte di giustizia (l'accoglimento, nei termini prospettati nel rinvio pregiudiziale, avrebbe probabilmente significato l'attivazione surrettizia dei controlimiti) e, dall'altra, responsabilizza i giudici comuni.

È interessante che si utilizzi tale tecnica decisoria, perché conferma l'idea di una Corte costituzionale attenta al raccordo tra i diversi livelli di tutela e al ruolo dei giudici comuni, ma contestualmente consapevole della propria centralità nell'irraggiamento delle interpretazioni conformi a Costituzione (anche alla luce del diritto europeo).

Insomma, nell’ambito di quest’ampia manovra a tutela della certezza dei diritti, il giudice delle leggi non si pone tanto al vertice ma, piuttosto, al centro, facendo sponda sulla collaborazione con i suoi interlocutori.

Assai più complesso e scivoloso è rispondere all’altra questione posta dal Prof. Repetto, concernente l’aumento o la diminuzione del tasso di concretezza del giudizio costituzionale, in conseguenza del riaccentramento. Già al momento della scrittura del lavoro monografico si era consapevoli della differente posizione sul punto con il mio interlocutore, secondo cui attualmente il giudizio costituzionale si collocherebbe «in un ambito segnato da una nuova prossimità rispetto alla deliberazione parlamentare vera e propria» (G. Repetto, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, 310). In particolare, l’alleggerimento degli obblighi in capo ai giudici *a quibus* comporterebbe un allontanamento della Corte costituzionale dalle dinamiche interpretative seguite da questi per l’attivazione del giudizio sulle leggi e, quindi, creerebbe «le condizioni di un giudizio che, oltre che riaccentrato, diventa inevitabilmente anche *meno concreto*» (*Ibidem*). Emblematiche di tale tendenza sarebbero la pronuncia sulla *Robin Tax* (sentenza n. 10 del 2015), rispetto alla quale si pone l’accento sull’inefficacia del *dictum* nelle vicende del giudizio *a quo*, e le decisioni sulle leggi elettorali (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017), usualmente descritte come esempi di «*fictio litis*». In tempi più recenti analoghe considerazioni sono state svolte da acuta dottrina con riguardo alla inedita pronuncia n. 41 del 2021, che ha differito gli effetti dell’incostituzionalità al 31 ottobre 2025 (R. Pinardi, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, 2021, 293).

Certamente, le riflessioni ora riportate hanno il pregio di cogliere *taluni* connotati attuali del giudizio costituzionale (o, forse, di quei specifici giudizi), specie laddove evidenziano una certa distanza con il caso *a quo*. Si potrebbe, tuttavia, ritenere, con autorevole dottrina, che nelle decisioni sulle leggi elettorali «la rilevanza dell’eccezione di costituzionalità (...) si esprime al massimo grado, la concretezza del giudizio di costituzionalità risulta enfatizzata in modo assoluto, essendo nella specie assicurata in modo palmare proprio dalla sostanziale» eguaglianza dei *petita* (P. Carnevale, *La Cassazione all’attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della suprema Corte*, 2013, 3).

Ad ogni modo, però, mi sembra innegabile che, oggi, il giudizio costituzionale in via incidentale si venga caratterizzando – contestualmente ad un suo riaccentramento – per una particolare attenzione ai casi concreti da cui scaturiscono le questioni di costituzionalità, come dimostrano decisioni sempre più «sagomate» su quelle vicende (emblematico è il c.d. caso Cappato. Cfr. P. Carnevale, *Incappare in... Cappato Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, 2019, 16), la maggiore apertura ai dati fattuali (cfr. D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento del giudizio costituzionale*, Bologna, 2020, 104) e l’“esplosione” del giudizio di ragionevolezza, in particolare del sindacato sugli automatismi legislativi (su cui, *amplius*, L. Pace, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli,

2020) e sulla discrezionalità del legislatore, nel quale anche il mio interlocutore rinviene un segno della nuova stagione della giustizia costituzionale.

Insomma, almeno nella prospettiva che qui si propone, la Corte costituzionale si presenta come centro di irradiazione di opzioni ermeneutiche della legge, fondate sui principi costituzionali, che traggono “spunto” pure dalle prassi applicative e dai casi concreti ad essa illustrati (si veda la decisione interpretativa di rigetto contenuta nella sentenza n. 105 del 2023, in materia di colloqui con minori da parte di detenuti al 41-*bis*). Anche in questo senso deve essere intesa la *nomofilachia* esercitata dalla Corte.