



ACCESSO ALLA CORTE COSTITUZIONALE E DECISIONI DI NON RINVIO DEI  
GIUDICI COMUNI *EX ART. 24 L. N. 87/1953.*  
UN'ANALISI A PARTIRE DA UN CASO DI INARIDIMENTO DEL GIUDIZIO  
INCIDENTALE AL TEMPO DELL'EMERGENZA COVID\*

STEFANO ROVELLI\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa: il rapporto tra accesso alla giurisdizione costituzionale e modelli di giustizia costituzionale. - 2. Il modello italiano di giustizia costituzionale: la crisi dell'accesso in via incidentale alla Corte è effettiva? - 3. Un caso emblematico: il d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e la giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare. - 4. L'interpretazione costituzionale della disciplina dell'emergenza espressa dalla Corte di cassazione attraverso le sue decisioni *ex art. 24 l. n. 87/1953.* - 5. Conclusioni: i pericoli dell'inaridimento della via di accesso incidentale alla Corte costituzionale e un possibile rimedio *de iure condendo.*

***1. Premessa: il rapporto tra accesso alla giurisdizione costituzionale e modelli di giustizia costituzionale***

La storia della giustizia costituzionale è stata contraddistinta da una rapida e dirompente diffusione su scala globale a cui è corrisposto, parallelamente, lo sviluppo di numerose teorie e il consolidarsi di poche preziose certezze: una di queste è indubbiamente rappresentata dalla decisività della questione delle forme di accesso agli organi competenti a garantire il rispetto delle costituzioni.

Come è noto, infatti, essa ha rappresentato l'elemento essenziale per classificare le diverse esperienze realizzate nelle differenti realtà statali e, quindi, per elaborare modelli utili a ordinare questa materia così complessa e delicata<sup>1</sup> sin dalla prima e

---

\* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

\*\* Dottorando in Scienze giuridiche – Curriculum in «Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica, diritto e religione» presso l'Università di Pisa.

<sup>1</sup> Per citare solo alcuni dei contributi più recenti si vedano: L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 76 nella parte in cui si scrive che «Quasi sempre indicato come elemento

archetipica distinzione dottrinale tra la *judicial review of legislation* statunitense, in cui il controllo di costituzionalità avviene in modo diffuso ad opera dei giudici comuni, e il modello kelseniano o europeo, in cui il medesimo controllo è una competenza concentrata in un unico organo istituito *ad hoc* e specializzato al fine di amministrare la giustizia costituzionale.

Ciò detto, se nel primo «modello esemplare»<sup>2</sup> la questione oggetto di questo approfondimento tende a coincidere fino a identificarsi con quella del più ampio concetto di accesso alla giustizia<sup>3</sup>, è proprio in relazione ai sistemi che rientrano nel modello del controllo di costituzionalità accentrato che si apprezza in tutta la sua importanza il carattere decisivo della questione dell’accesso alla giustizia costituzionale. In queste esperienze risulta infatti evidente come dalla legittimazione soggettiva e oggettiva ad adire il custode della legalità costituzionale dipendano in modo diretto tanto il funzionamento quanto la natura del controllo stesso<sup>4</sup>.

---

imprescindibile delle classificazioni è il modo di accesso alle Corti o ai Tribunali. Mentre però nelle ricostruzioni tradizionali l’enfasi è posta sullo strumento processuale (ricorso o incidente), in altre essa si ricollega alla qualità degli attori, di volta in volta minoranze parlamentari, cittadini o giudici» (con rinvio a P. PASQUINO, *Tipologia della giustizia costituzionale in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2002, 360); S. BAGNI, M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 202 in cui si definisce il tema dell’accesso come «prima variabile del modello nomocratico» (gli Autori intendono per modello nomocratico il modello «minimo di giustizia costituzionale, dove è previsto soltanto il controllo di legittimità degli atti normativi», che rappresenta la «competenza attorno alla quale s’è originariamente strutturata la giustizia costituzionale», 25); S. PANIZZA, *I modelli di giustizia costituzionale e il problema del rafforzamento delle corti, con particolare riferimento al tema dell’accesso*, in P. BIANCHI, E. A. FERIOLI, G. MARTINICO, C. NAPOLI (a cura di), *Scritti in memoria di Paolo Carrozza. Riflessioni dei colleghi pisani tra pensiero scientifico e ricordo*, Pisa, 2022, 827 ss. In particolare quest’ultimo Autore, nell’individuare i «temi» che «permettono di identificare con immediatezza la forza o la debolezza di un modello», in un primo momento indica «l’accesso alla giustizia costituzionale» e «il grado di “diffusione” del controllo di costituzionalità» (p. 830). In un secondo momento, invece, afferma che «il tema dell’accesso al tribunale costituzionale è, in misura significativa e crescente, il tema del modello stesso di giustizia costituzionale accolto in un dato ordinamento» (p. 843; con rinvio ad A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, IX ss.).

<sup>2</sup> L’espressione è ancora di S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 41 ss.

<sup>3</sup> In tal senso si rimanda a: 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*, cit., 682 nella parte in cui si osserva che «I problemi legati alla scelta delle vie di accesso e dei soggetti a ciò legittimati vengono pertanto a porsi solo con riguardo al modello accentrato e non certo per quello diffuso fondato sul potere interpretativo di ogni giudice. Da qui la principale ragione per cui mentre il modello nordamericano ha mantenuto nel tempo, salvo lievi adattamenti, i suoi elementi caratterizzanti, quello continentale ha subito una serie di “contaminazioni” del modello originario, derivanti proprio dalla scelta dei sistemi di accesso»; S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 202 nella parte in cui è scritto che la variabile dell’accesso alla giustizia costituzionale, «negli ordinamenti a controllo diffuso, generalmente coincide con l’accesso alla giurisdizione *tout court* in applicazione delle norme processuali».

<sup>4</sup> Per citare solo alcuni dei più autorevoli contributi, si rinvia a: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, 2018, 93 ss. nella parte in cui si sostiene che «Le modalità di accesso alla Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi assumono una particolare importanza ai fini della comprensione, in generale, dello spirito del giudizio sulle leggi. [...] L’iniziativa è, per così dire, un filtro che colora di significato il complessivo sistema di controllo della costituzionalità delle leggi. [...] Instaurazione del giudizio e giudizio non risultano scindibili, anche dal punto di vista della comprensione della natura del sistema di giustizia costituzionale»; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2021, 13 in cui si evidenzia che, «Se i modi di instaurazione [del giudizio costituzionale, n.d.r.] rappresentano, da sempre, un elemento che vale a configurare l’essenza stessa del giudizio, la legittimazione e dunque anche la presenza, o meno, di una qualche forma di ricorso diretto dei

Riscontrata la centralità storica di tale tema, deve essere però riconosciuto che proprio il fenomeno del recepimento della giustizia costituzionale in un numero così elevato di Stati con tradizioni giuridiche così diverse tra loro, unito agli sviluppi interni alle esperienze originarie<sup>5</sup>, ha fatto sì che anche il tentativo dottrinale di ordinare il discorso relativo a questa materia abbia dovuto cimentarsi con evoluzioni proprie, necessarie al fine di riuscire a proporre una riflessione capace di essere efficace rispetto alla propria pretesa di completezza e non contraddittorietà<sup>6</sup>.

Tuttavia, anche rispetto a questi tentativi di riordinare il discorso teorico sulla giustizia costituzionale è possibile rilevare, da una parte, come nessun autore abbia potuto prescindere dalla questione dell'accesso al momento dell'individuazione dei criteri necessari per l'analisi e la definizione dei sistemi e dei modelli, nonché,

---

singoli all'organo di giustizia costituzionale ha finito per presentarsi, in tempi recenti, come uno dei fattori di più marcata differenziazione e di discriminazione tra un'esperienza e un'altra»; P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, 682 in cui si sottolinea che «L'incidenza, sul modello di giustizia costituzionale accolto in un determinato ordinamento, della disciplina relativa alla individuazione dei soggetti legittimati ad investire il Giudice costituzionale della questione di costituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge e delle modalità attraverso le quali ciò può verificarsi, appare assolutamente certa e inconfutabile».

<sup>5</sup> Significativa in tal senso è l'affermazione di A. CELOTTO, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2004, 19, secondo cui si deve riconoscere come «ciascuno Stato abbia, ormai, un suo proprio modello di giustizia costituzionale».

<sup>6</sup> In tale direzione ha contribuito in modo molto importante la dottrina italiana. Pur non essendo questo il tema fondamentale del presente studio si ritiene comunque di dover rinviare alle opere già citate di Pegoraro, di Bagni e di Nicolini. Per comprendere la portata sistematica della critica esplicita nei confronti delle impostazioni tradizionali è sufficiente citare alcuni passaggi che sintetizzano il fine di questi lavori. Per quanto concerne L. PEGORARO, *op. cit.*, si rimanda a pagina 209 in cui l'Autore afferma che «Nelle pagine che precedono si sono seguiti i seguenti passi: a) muovendo dalla critica dei modelli formulata da Tusseau, la si è accentuata, non solo contestando la “purezza” del modello statunitense, ma mettendo in dubbio addirittura che esso si possa considerare un “modello” di sindacato diffuso; b) si è spostata l'attenzione dalla classificazione ancorata ai modelli a quella basata sull'analisi dei sistemi; c) dubitandosi dell'utilità di costruire classi rigide, è stato suggerito l'uso di classificazioni deboli, che consentono di collocare le esperienze lungo linee graduate; d) si sono selezionati vari elementi pertinenti per procedere alle classificazioni, rivalutandone alcuni lasciati di solito in ombra (specialmente il parametro e l'oggetto)». Per quanto riguarda S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, si rinvia a pagina 37 dove, nel dichiarare il piano dell'opera, gli Autori scrivono che «Sono state fornite le ragioni che giustificano un allontanamento dalla modellistica tradizionale e le coordinate metodologiche seguite per una nuova proposta ordinatoria. Quest'ultima si basa su un giudizio di prevalenza delle funzioni sistemiche che gli istituti svolgono all'interno dell'ordinamento costituzionale, raggruppabili in controllo di legittimità degli atti normativi, controllo di sovranità e controllo di convenzionalità [...]. La classificazione applica la logica multivalente, che permette di disporre ciascun sistema in punti intermedi fra un modello minimo di giustizia costituzionale, definito nomocratico, e uno potenziato o totale, chiamato pantocratico [...]. Procedendo con un metodo classificatorio ispirato alla *fuzzy set theory*, è stato possibile scomporre ulteriormente i due modelli in sottoclassi e tipologie, selezionando criteri distintivi pertinenti [...]. Si tratta dell'unico criterio comune e permette dunque di creare una tassonomia della giustizia costituzionale». A quest'ultima opera si rimanda in particolare per la ricostruzione delle diverse teorie che hanno provato a riportare ordine nella lettura delle evoluzioni della giustizia costituzionale e del suo presente (pagina 14 e ss.) nonché per l'analisi dei diversi sistemi statali (pagina 102 e ss.). Rispetto a questi tentativi di sistematizzazione è significativo rilevare come attenta dottrina sia invece giunta alla conclusione per cui «non ci pare più di poter sostenere, a differenza di quanto scritto in passato, che esista un “modello europeo” che proprio intorno al giudizio incidentale si costruisce» (si veda T. GROPI, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista A.I.C.*, 2019, 411).

dall'altra, come in questi lavori abbia assunto un significato peculiare la questione dell'accesso diretto ai tribunali costituzionali ad opera delle singole persone fisiche<sup>7</sup>.

Tale resilienza della riflessione sull'accesso e in particolare del tema del ricorso individuale diretto non appare casuale. Esso, infatti, è inscindibilmente connesso con quello della funzione delle corti costituzionali e con la tendenza sempre più marcata (e discussa) a non poter considerare tali tribunali come meri garanti della legalità costituzionale in senso stretto e oggettivo, bensì come i primi e i più importanti custodi dei diritti costituzionali dei consociati.

Se a questo dato si aggiunge che il ricorso diretto è ormai presente in gran parte degli ordinamenti che hanno recepito la giustizia costituzionale<sup>8</sup>, la domanda sorge spontanea: come si spiega la peculiare e permanente configurazione del modello italiano?

## **2. Il modello italiano di giustizia costituzionale: la crisi dell'accesso in via incidentale alla Corte è effettiva?**

Rispetto al quadro di ordine generale testé sintetizzato, la peculiarità del modello italiano di giustizia costituzionale è rappresentata, come è noto, dal fatto che esso è uno dei rari sistemi in cui, al fine di adire il Giudice delle leggi in relazione alla tutela dei propri diritti costituzionali, il singolo cittadino dispone esclusivamente della via di

---

<sup>7</sup> Nello specifico, per quanto concerne L. PEGORARO, *op. cit.*, 146 ss., dopo aver individuato nel tema dei soggetti legittimati ad adire le Corti costituzionali la questione principale del discorso sull'accesso, l'Autore osserva che «L'accesso diretto dei cittadini alla giustizia costituzionale dilata il raggio di operatività delle Corti dal punto di vista quantitativo, e al tempo stesso incide sul loro ruolo complessivo, focalizzandone la funzione sulla difesa delle libertà anziché sulla delimitazione delle competenze. Per ciò, la previsione o meno dell'accesso diretto rappresenta un fattore coesenziale alla classificazione dei sistemi» (con rinvio a precedenti opere di Bagni nonché a E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJIA, G. PAVANI (eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 voll., Mèxico, 2017). Per quanto riguarda invece S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 202 ss., dopo aver suddiviso il discorso sull'accesso tra le ipotesi di accesso in via d'azione e quelle in via d'eccezione, gli Autori prendono in considerazione: in relazione al primo sottogruppo, le tipologie di soggetti legittimati al ricorso; per quando riguarda il secondo, invece, innanzitutto la possibilità di sollevare l'eccezione per tutte le corti o solo per quelle di vertice, dopodiché la possibilità di sollevare la questione soltanto d'ufficio o anche a istanza di parte e infine il tema dei requisiti (che sono «ovunque gli stessi» con alcune graduazioni da ordinamento a ordinamento e con la variabile dell'interpretazione conforme). Per ragioni di completezza, è necessario sottolineare come in quest'ultima opera la questione dell'accesso in generale abbia ottenuto un riconoscimento sensibilmente minore rispetto alle altre analizzate in ragione della diversa impostazione sistematica proposta dal lavoro (di cui si è già scritto). Tale valutazione emerge in particolare a pagina 201 laddove gli Autori sostengono che «l'accesso alla giurisdizione non rappresenta più il criterio prevalente attorno al quale classificare i sistemi nomocratici. Esso diventa una delle proprietà classificatorie, non diversamente dagli altri elementi pertinenti del modello nomocratico». Tuttavia, è altrettanto importante sottolineare, infine, come questa valutazione debba essere letta anche alla luce della decisione degli Autori di ricomprendere il discorso sul ricorso diretto tra gli elementi tipici del modello pantocratico (si vedano le pagine 309-333 e ss.).

<sup>8</sup> Per una indicazione dei diversi sistemi in cui è presente il ricorso diretto individuale si rinvia ancora a S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 333 ss. Per la ricostruzione a livello di vecchio continente (in cui è presente nella maggioranza degli Stati della Grande Europa) si rimanda invece allo schema presente in R. TARCHI, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali: prospettiva comparata e sistema italiano di giustizia costituzionale*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012, 77.

accesso incidentale così come definita dalle disposizioni della legge costituzionale 9 febbraio 1948 n. 1 e della legge 11 marzo 1953 n. 87, in forza della quale è il giudice comune l'unico titolare del potere di sollevare questione di legittimità costituzionale (rilevante e non manifestamente infondata) davanti alla Corte<sup>9</sup>.

Nonostante diversi studi abbiano rivelato, da una parte, la natura quasi casuale di questa decisione di portata storica<sup>10</sup> e, dall'altra, la sussistenza (in particolare negli anni immediatamente successivi a tale soluzione) di autorevoli critiche a questo modello<sup>11</sup>, questa scelta dell'Assemblea costituente, poi confermata dal legislatore ordinario, ha raccolto ampio consenso tanto nella dottrina<sup>12</sup> quanto nella stessa Corte costituzionale<sup>13</sup> per almeno i primi quarant'anni di attività del Giudice delle leggi.

Tale posizione, infatti, ha trovato il proprio più solido fondamento nel virtuoso sistema di collaborazione realizzato con i giudici comuni, la fiducia nei quali, dopo

---

<sup>9</sup> A conferma della peculiarità del caso italiano si vedano: S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 106, che parla di «sistema nuovo e unico nel panorama comparatistico»; 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 *Rivista A.I.C.*, 2017, 10; T. GROPPI, *La Corte e ‘la gente’*, cit., 2019, 411 (che rinvia a L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988).

<sup>10</sup> In tal senso si rimanda a: S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 105 in cui si scrive che «Dagli interventi emerge la scarsa comprensione dell'importanza del sistema di accesso per il corretto funzionamento del modello»; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Napoli, 2021, 16 ss. in cui l'Autrice afferma che «ogni oratore sapeva poi di entrare nel regno della massima incertezza, sia per la carenza di modelli di giustizia costituzionale storicamente sperimentati che avessero avuto duraturo successo, salvo quello statunitense, sia per la scarsa conoscenza da parte della maggior parte dei Costituenti delle esperienze straniere, sia e soprattutto [...] per l'assoluta incapacità delle categorie concettuali esistenti di fare emergere i reali nodi da affrontare e sciogliere in sede costituente»; A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, 151, nella parte in cui si sottolinea che «Le scelte [...] compiute in Assemblea costituente in tema di giustizia costituzionale, fatte all'ultimo momento e quasi per esclusione, producono una contraddizione aporetica: fin dalla nascita, infatti, Corte e autorità giudiziaria sono distinte ma non distanti». I lavori dell'Assemblea costituente sul punto sono ricostruiti nel dettaglio in G. VOLPE, *L'accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 3 ss.

<sup>11</sup> In tal senso si veda T. GROPPI, *La Corte e ‘la gente’*, cit., 2019, 428 che rinvia a P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, 15 e a M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, 13.

<sup>12</sup> Su tutti si rimanda ai seguenti fondamentali contributi: P. PASSAGLIA, *Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: qualche riflessione (ed una provocazione)*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 323 ss. che conferma tale assunto, da una parte, ricostruendo la storia (fino alla fine degli anni Novanta) dei convegni organizzati dagli studiosi della materia per discutere del sistema incidentale e della possibile introduzione di un ricorso diretto, nonché, dall'altra, riprendendo le proposte di legge avanzate dalla politica; E. CHELI, *Considerazioni finali*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 420, in cui si scrive espressamente che «il modello, nel suo complesso, ha funzionato bene perché ha saputo realizzare proprio sul terreno dell'accesso al giudizio – cioè del rapporto tra domanda e offerta di giustizia costituzionale – un equilibrio soddisfacente»; A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, IX ss. e P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, 2006, in cui tuttavia si manifesta una presa di coscienza dei limiti, quantomeno sopravvenuti, del sistema tradizionale; M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2016, 23-24.

<sup>13</sup> In questo senso si vedano: P. PASSAGLIA, *op. cit.*, 2012, 325 ss. nella parte in cui viene ripresa la conferenza stampa annuale del Presidente Granata del 1998; nonché T. GROPPI, *La Corte e ‘la gente’*, cit., 2019, 412.

alcune difficoltà iniziali legate in particolare al rapporto con la Corte di cassazione, sarebbe stata ricompensata da una piena adesione da parte dell'intera magistratura all'attività pedagogica del Giudice costituzionale (tanto che dottrina attenta a questa relazione ha definito quello italiano un modello «accentrato-collaborativo»<sup>14</sup>).

Questa visione dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni ha però dimostrato diversi limiti proprio nel momento in cui le democrazie costituzionali sorte nel secondo dopoguerra hanno iniziato a entrare in crisi, in particolare a cominciare dai primi anni Novanta, per ragioni internazionali e interne. Tra queste ultime, ha svolto una funzione determinante la trasformazione del ruolo della magistratura giudicante che, su iniziativa della stessa Corte (ineludibile è il richiamo alla sua celebre sentenza n. 356/1996<sup>15</sup>), fu formalmente invitata a procedere autonomamente alla interpretazione conforme a Costituzione della legge al fine di non sollevare questioni di legittimità non necessarie<sup>16</sup>.

È in questo contesto che, da una parte, le strettoie, le strozzature, le zone d'ombra e le zone franche<sup>17</sup> del modello italiano di giustizia costituzionale sono diventate sempre

---

<sup>14</sup> Per tale nozione si rinvia a E. LAMARQUE, *op. cit.*, 2021. Il giudizio è però sostanzialmente unanime anche nella dottrina già richiamata. Per una conferma *a contrario* di questo argomento è utile segnalare il lavoro di S. PANIZZA, *op. cit.*, 2022, 834-835 nella parte in cui individua nella «possibilità che esso contribuisca ad alimentare un atteggiamento di sfiducia verso i giudici ordinari» uno dei «problemi» che l'introduzione di un ricorso diretto alla Consulta presenterebbe nell'ambito dell'esperienza italiana. In senso analogo si veda R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale e introduzione di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 641 nella parte in cui si afferma che, «giunti a questo punto, se ci chiediamo come si verrebbe ad inserire, nel nostro sistema attuale e “reale” di giustizia costituzionale, un ricorso diretto dello stesso tipo dell'amparo spagnolo, credo che sia evidente come esso andrebbe in senso esattamente opposto alla tendenza adesso evidenziata, verso cioè una valorizzazione dei momenti caratterizzanti i sistemi accentrati ed una chiara riduzione del ruolo del giudice comune che si vedrebbe trasformato da “portiere” e collaboratore essenziale della Corte (e quindi co-autore del risultato finale) a “imputato” di aver violato i diritti fondamentali alla cui cura pure era preposto (con un risultato finale che pare quindi suonare come condanna o come assoluzione del proprio operato)».

<sup>15</sup> Indimenticabile resta il principio di diritto ivi affermato: «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».

<sup>16</sup> Per una ricostruzione completa del tema dell'interpretazione conforme a Costituzione si veda M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 2016. Per la storia dell'interpretazione conforme a Costituzione dalle sentenze interpretative di rigetto del Giudice delle leggi ad oggi si rinvia invece a M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, 8 gennaio 2011 che a sua volta rimanda a M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 903 ss.

<sup>17</sup> Per comprendere la differenza tra zone franche e zone d'ombra si rinvia ad A. RUGGERI, *Presentazione del seminario*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi*, Torino, 2007, 1 ss. (nella parte in cui si specifica che «L'una espressione -zone d'ombra, n.d.r.-, infatti, non nega ma anzi al suo interno comprende la seconda -zone franche, n.d.r.-, allo stesso tempo superandola: volendosi, cioè, riferire anche ai 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») ma anche a E. MALFATTI, P. BIANCHI, *L'accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 17 (nella parte in cui si osserva che «sembra manifestarsi generalmente la consapevolezza del fatto che vasti settori ordinamentali possono

più difficili da negare e problematiche da giustificare<sup>18</sup> e, dall'altra, sono emersi diversi dubbi sul fatto che i giudici comuni fossero sufficientemente attrezzati per sostenere il peso dell'esposizione a cui la Corte, preoccupata innanzitutto di salvaguardare la propria legittimazione<sup>19</sup>, li aveva sottoposti<sup>20</sup>.

Anche in forza di queste dinamiche, perfino coloro che avevano sempre difeso la peculiarità del modello italiano iniziarono a riconoscere l'esistenza di un problema legato alla inadeguatezza di una sola via di accesso incidentale al Giudice costituzionale a tutela dei diritti fondamentali dei consociati<sup>21</sup>.

Iniziò così la ricerca di nuovi mezzi funzionali a integrare il sistema italiano nel rispetto della logica e delle dinamiche di collaborazione tra il primo custode della legalità costituzionale e la magistratura. L'autorevole dottrina che ha riflettuto su questi punti ha proposto di introdurre in particolare: un procedimento speciale sul tipo dell'amparo giudiziario spagnolo per la tutela dei diritti costituzionali; la possibilità di ricorrere direttamente alla Corte in via sussidiaria per la parte processuale che non abbia trovato nel corso del proprio procedimento giudici disposti a tradurre in un'ordinanza di rinvio il dubbio di costituzionalità ecepto; oppure ancora l'obbligo per il giudice di

---

sfuggire al controllo di legittimità costituzionale, così come vari tipi di istanze costituzionalmente rilevanti difficilmente trovano canali di ingresso all'esame della Corte»).

<sup>18</sup> Si veda A. RUGGERI, *op. cit.*, 2007, 1 nella parte in cui si afferma che «In una stagione caratterizzata da innumeri manifestazioni celebrative del primo mezzo secolo di vita della Corte costituzionale in Italia, il Gruppo di Pisa ha ritenuto di dover avviare al proprio interno un confronto a largo raggio e, quanto più possibile, approfondito sugli elementi di debolezza o, come che sia, d'inadeguatezza del nostro sistema di giustizia costituzionale, così come resisi palesi attraverso la maturazione di esperienze processuali ormai nondimeno sufficientemente definite nelle loro linee portanti e maggiormente espressive».

<sup>19</sup> In tal senso si rinvia a T. GROPPi, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 133.

<sup>20</sup> Si veda T. GROPPi, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione*, cit., 2021, 138 laddove osserva: «non si può ignorare una certa “sofferenza” dei giudici comuni, che si sono trovati esposti all'immane ruolo di dare risposte alle esigenze di giustizia provenienti da una società pluralista sempre più frammentata. E che non sempre si sono mostrati attrezzati allo scopo, come è comprensibile nell'ambito di un ordinamento di *civil law* sprovvisto del principio dello *stare decisis*».

<sup>21</sup> I principali indicatori di questo cambio di tendenza sono gli scritti di A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, XVI e di P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, 2006, 774. Nel primo in particolare si afferma in modo esplicito che «non si può non rilevare come l'attacco alla Costituzione che si è realizzato nello scorso decennio non abbia trovato una consistente opposizione nell'attività della Corte costituzionale, la quale ha potuto intervenire solo raramente su questioni riguardanti le leggi ordinarie che modificavano indebitamente la Costituzione e, anche in questi casi, con pronunce poco significative. Donde l'opportunità di qualche valutazione tendente a stabilire se quel tipo di giustizia costituzionale che aveva ben funzionato in una situazione di diffuso consenso nei confronti di una Costituzione che aveva rispecchiato un profondo rivolgimento degli ordinamenti e della coscienza politica del paese, agevolandone lo sviluppo economico e l'uscita da una situazione di diffusa arretratezza culturale, risulti invece in qualche maniera inadeguata a fronteggiare le situazioni in cui l'ordinamento democratico del paese si trovi ad essere oggetto di un attacco che rimetta in discussione proprio taluni dei principi che caratterizzano come particolarmente avanzata la Costituzione del 1947 ed alla cui difesa gli istituti della giustizia costituzionale sono principalmente destinati. Le situazioni con riferimento alle quali, in occasione delle vicende che hanno caratterizzato la recente crisi, più chiaramente sono emersi motivi di imperfezione del sistema italiano di giustizia costituzionale sono quelle nelle quali un ricorso alla Corte è risultato impossibile (o quanto meno non sufficientemente tempestivo) a causa del modo in cui sono configurate le vie di accesso alla Corte, le quali lasciano ampie zone sulle quali il controllo di essa non può arrivare». Nel secondo scritto invece un indizio in questa direzione è rappresentato da quelle proposte di integrazione del sistema costituzionale già avanzate in R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale*, cit., 2000, 642-643.

ultima istanza di sollevare la questione di costituzionalità qualora quest’ultima si dimostri rilevante<sup>22</sup>.

Nonostante gli ormai noti tentativi di riforma del sistema, però, l’introduzione di una o più vie di accesso individuale e diretto alla Corte non è mai stata approvata dal legislatore.

È stato anche in ragione di tale inerzia, quindi, che, attraverso la propria giurisprudenza (si pensi, per esempio, alle sentenze n. 221/2015<sup>23</sup> e n. 42/2017<sup>24</sup> che hanno ridefinito in modo meno rigoroso l’obbligo del giudice *a quo* di tentare l’interpretazione conforme prima di sollevare la questione di legittimità<sup>25</sup>), la stessa Corte ha iniziato a svolgere quella che è stata definita una generale opera di «riaccentramento» delle proprie funzioni<sup>26</sup> finalizzata a evitare quella sua marginalizzazione rispetto alla tutela dei diritti fondamentali (che secondo molti

---

<sup>22</sup> Per leggere tali proposte nel dettaglio si veda P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, 774.

<sup>23</sup> Per un approfondimento si rinvia a 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2015, 2063 ss.

<sup>24</sup> Per un approfondimento si rimanda al commento di C. NAPOLI, *Quando la ritenuta opportunità di un intervento della Corte costituzionale attenua l’onere del giudice a quo di tentare l’interpretazione conforme*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2017.

<sup>25</sup> In tal senso si veda E. LAMARQUE, *op. cit.*, 203 in cui si parla di «riformulazione della regola» (con rinvio da una parte a V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) “fare da sé”. Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Diritto e società*, 4/2018 e dall’altra a G. PITRUZZELLA, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell’interpretazione della legge*, in *Federalismi.it*, 3/2021). Si esprime invece in termini di «erosione del canone» S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi.it*, 3/2021, rispetto al quale si pone in posizione analoga A. M. NICO, *L’accesso e l’incidentalità*, in *Gruppo di Pisa*, 22 gennaio 2020.

<sup>26</sup> Per una ricostruzione del fenomeno da diverse prospettive si rinvia, in generale, agli atti del seminario organizzato dalla rivista *Federalismi.it* il 27 gennaio 2021 intitolato «Un riaccentramento del giudizio costituzionale» e, in particolare, a: T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione*, cit., 136 nella parte in cui si afferma che «Da alcuni anni, i due pilastri della “diffusione” del controllo di costituzionalità in Italia sono sottoposti a una rilettura giurisprudenziale: si è così assistito ad un temperamento della dottrina dell’interpretazione conforme, accompagnata da un *revival* delle decisioni interpretative di rigetto, oltre che a un ritorno alle sentenze additive *tout court*, con una riduzione prossima all’abbandono, delle additive di principio. Tutto ciò si è tradotto in un restringimento dello spazio lasciato ai giudici nel sindacato di costituzionalità, spazio che è stato occupato (o ri-occupato) dalla Corte costituzionale»; G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *Federalismi.it*, 3/2021 per un lavoro di sintesi di tutti gli interventi. Si rimanda anche a un altro importante seminario, intitolato «Il sistema “accentrato” di costituzionalità», organizzato dal Gruppo di Pisa nel 2019. In questa sede la Relazione introduttiva evidenziò il carattere quasi paradossale di una prospettiva imperniata sul concetto di «riaccentramento», come emerge dal seguente passaggio: «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”» (si veda R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “momenti di diffusione”*, in *Gruppo di Pisa*, 26 maggio 2020, 3).



costituisce la fonte principale della sua legittimazione<sup>27</sup>) che si stava realizzando anche a causa dell’azione combinata delle Corti europee e dei giudici comuni<sup>28</sup>.

È quindi nel contesto di questa contingenza particolarmente difficile per l’ordinamento repubblicano che il Giudice delle leggi ha deciso, di propria iniziativa, di introdurre alcune novità nel processo costituzionale mediante l’importante modifica

---

<sup>27</sup> Si rinvia a M. RUOTOLO, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *Federalismi.it*, 4/2022, 891 (che rimanda a L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, cit., 11 ss.). Per un discorso più ampio sul «costante tentativo di approvvisionarsi del massimo possibile di *legittimazione*» da parte della Giudice costituzionale si veda D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 81 in cui l’Autrice ha evidenziato che è «sempre più la garanzia di tali diritti che il Collegio percepisce come il fondamento della *legittimazione* propria e dei propri giudizi. È questa la base principale di molte delle nuove pretese che essa stessa coltiva. È in virtù di tale sua *legittimazione* che la Corte può sottrarsi a regole processuali troppo stringenti, a partire da quelle sull’accesso, quando premano “ragioni sostanziali di giustizia”».

<sup>28</sup> Questo fenomeno è stato denunciato da numerosi studiosi con espressioni diverse. Passaglia, facendo riferimento alla conferenza stampa del Presidente Onida del 2005, ha scritto che «si avverte chiaramente, finanche all’interno della Corte costituzionale, il pericolo di un esautoramento, o comunque di una perdita della centralità della Corte in un settore strategico quale storicamente è quello disegnato dalla c.d. funzione garantista. Non è del resto un caso che un giudice costituzionale, nel 2005 da poco cessato dal mandato, avesse prospettato, qualche anno prima, una “dolce eutanasia” per la giurisdizione costituzionale nazionale. Il rischio della marginalizzazione emerge anche in relazione ad una seconda dinamica, consistente nell’avvenuto consolidamento degli elementi di “diffusione” del sistema di giustizia costituzionale» (P. PASSAGLIA, *op. cit.*, 328). Groppi ha affermato espressamente che nel «rinnovato atteggiamento della Corte [...] un ruolo centrale è stato svolto dal timore dell’inacidimento del giudizio incidentale e, in definitiva, dal timore della Corte per una sua marginalizzazione dal controllo sulla legittimità delle leggi, a seguito dell’azione combinata di giudici comuni e corti sovranazionali» (T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione*, cit., 2021, 138 che rinvia: a S. CASSESE, *Dentro la Corte*, Bologna, 2015, 176 ss. nella parte in cui l’Autore parla di «Corte a mani vuote», di «fuga dalla Corte», di «declino della Corte», e di «declino del giudizio incidentale» come di «un vicolo cieco nel quale si è cacciata la stessa Corte costituzionale»; nonché a R. ROMBOLI, *Il giudizio in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 31 ss., nella parte in cui l’Autore, «a partire dai numeri», ha posto come domanda di ordine generale: «ripensare il modello?»). Malfatti e Bianchi già nel 2000 scrivevano: «L’esito di questi processi converge nell’erosione, o nell’ulteriore erosione, della centralità delle legge, con il *pendant* della marginalizzazione del sindacato che su questa si incentra» (E. MALFATTI, P. BIANCHI, *op. cit.*, 77). Altri ancora, invece, hanno espresso in diversi modi la propria preoccupazione per il fatto che il «timone del controllo di costituzionalità» potesse sfuggire dalle mani del Giudice costituzionale. Riflettendo sulla interpretazione conforme ad opera dei giudici, Lamarque in particolare ha scritto: «a un certo punto la Corte costituzionale diventa consapevole del fatto che, se continua a riversare sui giudici larga parte dei suoi compiti di controllo [...], corre davvero il rischio di perdere il suo ruolo centrale nel sistema di controllo giurisdizionale della Costituzione» (rispetto a questo tema ha inoltre specificato che «Più di ogni altro elemento [...] sembra preoccuparla il calo del numero delle ordinanze di rimessione, ritenuto chiaro indice del fatto che i giudici preferiscono ora davvero fare da sé»). Più in generale, invece, l’Autrice ha osservato che «il timore maggiore è che gli eventi verificatisi [...] possano generare un aumento di competenze dell’autorità giudiziaria nel controllo diffuso sulla legge di portata tale da causare l’emarginazione dell’organo di giustizia costituzionale» in quanto vi è la consapevolezza che «per un organo accentrato di controllo di costituzionalità continuare a essere interpellato dai soggetti legittimati a farlo è [...] una questione di vita o di morte» (E. LAMARQUE, *op. cit.*, 213). Merita, infine, di essere segnalato anche il contributo di A. BARBERA, *La carta dei diritti: per un dialogo fra la corte italiana e la corte di giustizia*, in *Rivista A.I.C.*, 4/2017, 2, nel celebre passaggio in cui si scrisse quanto segue: «Non bastando quel giudice a Berlino che Bertolt Brecht faceva auspicare al mugnaio di Potsdam, più Corti sono chiamate ad assicurare l’osservanza di più Carte: le singole Corti costituzionali nazionali, la Corte di giustizia, la Corte europea dei diritti, nonché i Giudici comuni, altrettanto protagonisti nei fronti periferici. Strette fra queste Corti e i giudici comuni, che con le prime dialogano direttamente (o pretendono di farlo), le Corti costituzionali nazionali rischiano l’emarginazione?».

delle proprie Norme integrative disposta attraverso la delibera della Presidente della Corte dell’8 gennaio 2020.

Realizzata al dichiarato fine di garantire la «apertura» del Giudice costituzionale rispetto alla società civile<sup>29</sup>, questa riforma ha generato un consistente dibattito dottrinale nel corso del quale si è riflettuto sulle conseguenze di tale intervento attraverso i poteri di autonormazione della Corte<sup>30</sup>. Tale occasione ha rappresentato però inevitabilmente anche l’opportunità per una nuova stagione di confronto sulla questione dell’accesso alla giustizia costituzionale nel nostro ordinamento oltre che sulla sua importanza al fine della distinzione tra sistemi di giustizia costituzionale forti e sistemi deboli<sup>31</sup>.

Avendo ricostruito sinteticamente la sorte del giudizio in via incidentale nell’esperienza italiana, non sorprende che (coerentemente con l’immagine di «fiume carsico» a cui è stato affiancato il relativo dibattito<sup>32</sup>) sia riemersa ancora una volta nel discorso pubblico la domanda che in esso ricorre da ormai trent’anni: è opportuno introdurre nell’ordinamento italiano un ricorso individuale diretto alla Corte?<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Per tale dichiarazione esplicita si rinvia a M. CARTABIA, *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2020, nello specifico alla parte in cui si afferma che «Quello appena concluso è stato l’anno della grande apertura della Corte costituzionale alla società civile e alla dimensione internazionale. “Apertura” è stata la parola d’ordine a palazzo della Consulta».

<sup>30</sup> Senza pretese di completezza si rimanda ad alcune delle reazioni più importanti: M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista A.I.C.*, 2020; T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta online*, 2020; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020.

<sup>31</sup> Per una riflessione sul rapporto esistente tra la riforma del processo costituzionale attraverso la modifica delle Norme integrative e il discorso sull’accesso alla giustizia costituzionale si rinvia a S. PANIZZA, *op. cit.*, 2022, 845 in cui l’Autore conclude affermando che «Può anche darsi che questa “apertura” della Corte contribuisca a definire un nuovo punto di equilibrio nell’accesso – in senso lato – alla giustizia costituzionale nel nostro Paese, che per taluni potrà rappresentare un avanzamento. Ma anche tra coloro che hanno osservato con favore le novità vi è chi ne suggerisce un abile dosaggio, al fine di scongiurare le conseguenze negative che in altri ordinamenti si sono prodotte». Un collegamento tra i temi indicati sembra emergere invero implicitamente anche in C. NARDOCCI, *Il “diritto” al giudice costituzionale*, Napoli, 2020, 96, benché l’Autrice sostenga espressamente che «l’apertura alla società civile perseguita dalla Corte costituzionale non ha [...] rimesso in discussione le modalità di instaurazione del giudizio in via incidentale».

<sup>32</sup> Per tale figura si veda P. PASSAGLIA, *op. cit.*, 323.

<sup>33</sup> Su tale interrogativo si rinvia a M. RUOTOLO, *Il giudice costituzionale*, cit., 891-892 nella parte in cui si osserva: «credo, insomma, che l’alternativa che ci si pone davanti sia chiara: o tolleriamo, come auspico fortemente, letture evolutive delle regole processuali che riducano in tale ambito le “strettezze” del sistema incidentale (nonché, almeno in parte, del giudizio in via principale) o dobbiamo ragionare seriamente sulle lacune presenti nel nostro ordinamento per la tutela dei diritti fondamentali, senza pregiudizi rispetto alla possibile introduzione del ricorso diretto. Un’opzione, quest’ultima, che, ove si accettassero le suddette letture evolutive (con apertura, in particolare, verso le evoluzioni delle tecniche decisorie impiegate, anche con riguardo alla possibile modulazione dei loro effetti temporali), potrebbe comunque essere considerata per permettere un sindacato, sia pure “residuale”, sulle norme subprimarie che si rivelino lesive dei diritti, le quali troppo spesso passano indenni al vaglio dei giudici comuni forse anche per una loro scarsa propensione a far valere direttamente il vizio di costituzionalità quale ragione di annullamento o disapplicazione dell’atto. Si tratterebbe, insomma, di tenere conto del fatto che, “nella nostra realtà, spesso il deficit di garanzia dei diritti non discende tanto dalle leggi quanto da difetti o carenze nella loro concreta applicazione”. Ma questa, forse, è un’altra storia». In senso analogo si rimanda anche a T. GROPPI, *La Corte e “la gente”*, cit., 2019, 434 ss. che, nell’ambito di una riflessione più generale (finalizzata a proporre una visione «dal basso, con gli occhi della “gente”»), delle vie di accesso alla giustizia costituzionale oltre che, al contempo, ad evidenziare i limiti di una visione

Per rispondere a questo quesito, come osservato da chi ha riflettuto con particolare attenzione su questi temi, è però necessario dare risposta a una questione preliminare: dato il nesso inscindibile esistente tra l'opportunità di introdurre un nuovo canale di accesso alla giustizia costituzionale e l'efficacia del funzionamento del sistema attuale, come deve essere valutata l'esperienza del modello italiano a trazione incidentale<sup>34</sup>? Da questo interrogativo discende l'oggetto della presente analisi.

Se, infatti, tutte le recenti evoluzioni del sistema italiano sembrano fondare in modo solido la tesi avanzata dalla dottrina già richiamata secondo cui oggi sussisterebbe una «crisi del giudizio in via incidentale»<sup>35</sup>, causata dalla marginalizzazione di cui si è detto e, quindi, dall'«inaridimento» della via di accesso tradizionalmente più importante per la vita del Giudice delle leggi<sup>36</sup>, si tratta di capire quali possano essere gli strumenti

---

«dall'alto»), ha scritto che appare «sempre più impellente ridurre gli spazi in cui la disobbedienza si configuri come l'unica opzione riportando la questione della legge "sospetta" entro l'ordinarietà della vita costituzionale» e che «ciò potrebbe avvenire con l'introduzione, accanto a quella incidentale, di una via di accesso che – per riprendere ancora le parole di Cappelletti – consenta di trasformare il "diritto di ribellione nel diritto di azione" rendendo la "Costituzione a portata del popolo"» [con rinvio a M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, 142] in quanto «è la stessa anomalia del giudizio incidentale per come, negli anni, è stato ri-costruito attraverso uno sguardo "dall'alto", che chiede, una volta svelata, ripulendola dalla patina della normalizzazione, di essere superata».

<sup>34</sup> Per il nesso inscindibile tra opportunità di innovazioni del modello italiano di giustizia costituzionale e efficacia del sistema vigente si rinvia a R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale*, cit., 2000, 631-632 nella parte in cui si afferma: «Credo infatti sia evidente [...] che il giudizio sull'opportunità di un ampliamento dell'accesso alla Corte e dell'introduzione di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali, dipende per buona parte dai risultati che, allo stesso fine, si ritenga siano stati raggiunti attraverso il giudizio incidentale, da quali e quante situazioni cioè si pensi che siano rimaste sacrificate dalle "strozzature" del sistema incidentale». Tale considerazione appare strettamente connessa a quella relativa alla necessità di calibrare eventuali innovazioni del sistema di giustizia costituzionale sulle peculiarità storiche del sistema stesso. In tal senso si rimanda anche a S. PANIZZA, *op. cit.*, 2022, 832, nella parte in cui l'Autore osserva che, quando ci si domanda se ampliare le vie di accesso alla giustizia costituzionale, è necessario «concentrare l'attenzione sul singolo sistema, la varietà degli elementi che lo compongono, l'evoluzione attraversata».

<sup>35</sup> Si vedano R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 2017, 28, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 2021, 357 e M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 2016, 473 nella parte in cui si evidenzia che «la crisi dell'incidentalità [...] non interessa tanto perché testimonia di una difficoltà del giudice costituzionale, quanto perché determina un malfunzionamento generale dell'ordinamento e un costo molto alto nella prospettiva di quel valore della certezza che è la stessa ragion d'essere dello Stato, di diritto o meno che sia».

<sup>36</sup> In tal senso si rinvia a M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 2007, 8-9 in cui l'Autore scrive: «È auspicabile, però, che la Corte indaghi anche il lato oscuro del principio dell'interpretazione conforme a Costituzione, facendo valere, caso per caso, i limiti del paradigma, e compiendo un'opera che appare essenziale per la difesa delle sue prerogative e per la sorte dell'incidentalità. Da questo punto di vista, non si può fare a meno di constatare che, sinora, la Corte non è stata un saldo garante di quelle prerogative. Paradossalmente, anzi, l'estremo rigore della giurisprudenza sulla (manifesta!) inammissibilità delle questioni sollevate senza aver prima esperito la via dell'interpretazione conforme a Costituzione ha implicitamente spinto i giudici comuni ad un uso assai incisivo (per non dire eccessivo) di quel paradigma, che ha messo in crisi l'incidentalità e ha colorato di forti elementi di diffusione il nostro sistema di sindacato accentrato. È vero che la Corte ha cercato di controllare e orientare il movimento dei giudici comuni attraverso le sentenze interpretative di rigetto, ma non è meno vero che il controllo funziona solo a condizione che le questioni incidentali di costituzionalità vengano, in concreto, sollevate, mentre si inceppa quando, estremizzando il principio dell'interpretazione conforme a Costituzione, i giudici cessano di rimettere le questioni alla Corte e il canale incidentale si inaridisce». Tale tesi è stata sostanzialmente confermata in ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 2016, 470 in cui

idonei ad assicurare una conoscenza così precisa della realtà della giustizia costituzionale italiana e della portata di questo fenomeno da poterne immaginare una riforma che sia al contempo rispettosa di quella regola del «minimo mezzo» che dottrina attenta alle esigenze di funzionamento della Corte ha storicamente auspicato<sup>37</sup>, ma anche sufficientemente incisiva da poter contrastare un fenomeno che rappresenta un pericolo per la stessa democrazia costituzionale italiana<sup>38</sup>.

---

l'Autore parla di «incontestabile inaridimento del giudizio incidentale che tutti i presidenti della Corte costituzionale hanno tardivamente lamentato negli ultimi anni». A fini di completezza dell'indagine, per una lettura contrapposta si rimanda ad A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 158, nella parte in cui si sostiene che «In realtà l'andamento numericamente altalenante delle questioni incidentali non si presta ad un'univoca interpretazione. Talvolta il dato quantitativo, se elevato, può rivelarsi dopato. Come quando uno o più giudici *a quibus*, magari con un *clic* sulla funzione copia-incolla, sollevano identica questione *n* volte. Molto dipende anche dal tipo di leggi entrate in vigore: per fare un esempio, tra il 2003 e il 2004 la sola legge «Bossi-Fini» in materia di immigrazione (legge n. 189 del 2002) fu travolta da uno *tsunami* di oltre ottocento impugnazioni incidentali. Così come è evidente che l'approvazione di leggi riguardanti un elevato numero di rapporti giuridici (in materia previdenziale, tributaria, processuale) trascina a rimorchio un alto numero di questioni di legittimità. Viceversa, alla diminuzione delle questioni incidentali certamente contribuiscono fattori quali l'applicazione diretta della normativa comunitaria, o il largo ricorso all'interpretazione conforme alla Costituzione e alle norme CEDU sui diritti fondamentali. In questi casi tuttavia, più che a una fuga dal sindacato costituzionale, assistiamo a una sua garanzia in forma diffusa, segnale di una accresciuta sensibilità dei giudici comuni, anche nella prospettiva di un sistema integrato europeo di protezione delle libertà».

<sup>37</sup> Per il riferimento alla regola del «minimo mezzo» si veda P. PASSAGLIA, *op. cit.*, 341.

<sup>38</sup> Per quanto concerne i rapporti tra giustizia costituzionale e democrazia costituzionale, riconosciuta la complessità dell'oggetto del contendere (essendo innegabile l'esistenza di una tensione tra i due poli del discorso) e non potendo però essere risolte in questa sede le delicate questioni anche definitorie da cui essa dipende, deve essere qui data per presupposta l'adesione da parte dello scrivente alla visione che individua nella giustizia costituzionale un essenziale fattore di democrazia dei nostri ordinamenti (il che, è bene sottolinearlo, non significa disconoscere la natura giurisdizionale della Corte e della sua azione oppure intendere il processo costituzionale come una nuova arena della dialettica maggioranza-minoranza). In particolare si condivide ampiamente la posizione espressa in G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 203-205: secondo l'Autore, invero, «l'introduzione di un controllo giudiziario sulle leggi a garanzia dei diritti non equivale necessariamente ad una diminuzione del tasso di democraticità del sistema: al contrario, essa può funzionare come elemento per rendere il sistema maggiormente democratico. Infatti, una volta accettato che i sistemi democratici sono solo più o meno democratici, la *judicial review* può essere considerata a determinate condizioni, come un meccanismo per assicurare l'ingresso di nuove forme di partecipazione democratica nella formazione delle decisioni collettive. Infatti, tramite i meccanismi della *judicial review*, normalmente azionati sulla base dell'iniziativa di singoli individui i cui diritti o interessi si assumono conculcati dalle decisioni maggioritarie, si assicura che il singolo individuo abbia un'occasione di intervenire nel processo di formazione o consolidamento di quelle decisioni, contestandole in un foro imparziale [...] sulla base dei propri diritti individuali. [...] La *judicial review* [...] può servire a mettere in moto un dibattito pubblico incluso un dibattito parlamentare – che semplicemente mancava. [...] In fin dei conti, la democrazia non si esercita solo il giorno delle elezioni né è solo decisione a maggioranza. [...] In sintesi, se il quadro fin qui descritto è plausibile, emerge che la *judicial review* non è per sua natura antidemocratica: piuttosto vengono qui in gioco due distinte dimensioni della democrazia [...]. La prima è la dimensione del tutto familiare della democrazia rappresentativa, che interessa le istituzioni di governo [...]; la seconda è una democrazia “contestatrice”, che riguarda la possibilità per i cittadini di contestare le decisioni assunte dai loro rappresentanti. La prima funziona come luogo di formazione maggioritaria delle decisioni collettive, la seconda come occasione per rimettere in discussione quelle decisioni su iniziativa dei cittadini stessi [...] e, in caso, per correggerle, emendarle, alla luce dei diritti individuali coinvolti. È vero che queste due dimensioni della democrazia potranno entrare reciprocamente in tensione, ma questo non è un effetto imprevisto o patologico [...] e si può ben dire che il costituzionalismo contemporaneo scommetta sul fatto che questa tensione tra elementi diversi sia, in ultima analisi, benefica». In questa prospettiva l'Autore si rifà esplicitamente a: L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 239 (in cui si afferma che «la giurisdizione è diventata il luogo legittimamente prescelto dai cittadini per far sentire la

Chi scrive ritiene che lo strumento adatto allo scopo possa essere individuato percorrendo una via di approfondimento ancora poco esplorata a livello italiano tanto nei contributi più specifici in materia di accesso quanto nelle trattazioni di ordine più generale. Se, infatti, i principali commenti in tema di inaridimento del giudizio di costituzionalità in via incidentale si sono concentrati sulla progressiva diminuzione del numero di pronunce annuali della Corte e hanno quindi realizzato un'analisi del problema a valle<sup>39</sup>, il presente lavoro mira invece a realizzare uno studio a monte, direttamente alla fonte originaria del giudizio di costituzionalità in via incidentale: quel processo *a quo* nel quale, oltre alle questioni sollevate, hanno uno specifico rilievo tanto le eccezioni proposte dalle parti quanto le ordinanze dei giudici comuni che le respingono<sup>40</sup>.

---

loro voce, rendere visibili e percepibili i loro diritti e soprattutto per farli valere» diventando così un nuovo canale «di inclusione e partecipazione democratica e di "accesso allo Stato"»); S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 169-186 (in cui l'Autore sottolinea che «L'arena giudiziaria è così divenuta anche un luogo dove soggetti, altrimenti esclusi dai tradizionali luoghi istituzionali, riescono a far sentire la loro voce. Dunque un canale per la rappresentanza politica, con un innegabile arricchimento del processo democratico nel suo insieme. [...] Se questo non fosse avvenuto, si sarebbe aperta una contraddizione nel sistema giuridico, per lo scarto evidente tra proclamazioni e attuazioni e, conseguentemente, vi sarebbe stato un impoverimento del processo democratico, appunto per il prevalere di meccanismi di esclusione»); P. PETTIT, *Republican freedom and contestatory democratization*, in I. SHAPIRO, C. HACKER-CORDON (a cura di), *Democracy's value*, Cambridge, 1999. Merita di essere segnalata anche la posizione di T. GROPPI, *La Corte e 'la gente'*, cit., 2019 che evidenzia la necessità di un discorso «dal basso» sulla giustizia costituzionale italiana e valorizza i rapporti tra l'esercizio del diritto di resistenza, il diritto alla tutela giurisdizionale e il «sentimento popolare» per la Costituzione. Per una ricostruzione dettagliata delle diverse posizioni in campo a livello internazionale si rinvia a S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 424 ss.

<sup>39</sup> In tal senso si veda E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 2021, 357 nella parte in cui è scritto che: «In effetti [...] abbiamo assistito [...] soprattutto ad un calo evidentissimo delle questioni di costituzionalità sollevate attraverso la via incidentale, che hanno fatto parlare di una "crisi" di tale via di accesso, segnalata regolarmente nelle conferenze di fine anno da parte dei Presidente della Corte ed imputata principalmente alla tecnica della interpretazione conforme».

<sup>40</sup> Per una conferma dell'attuale necessità di analizzare questa «zona grigia» della giustizia costituzionale italiana si rimanda a M. D'AMICO, *Sono davvero inutili le categorie classiche del "diritto processuale costituzionale"? (Qualche riflessione a margine della presentazione del volume di Elisabetta Lamarque, Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi, Editoriale scientifica, Napoli, 2021)*, in *Gruppo di Pisa*, 29 novembre 2021, 6, nella parte in cui si osserva: «Bene sottolinea Elisabetta Lamarque che questa decisione [Corte cost., sent. n. 356/1996] apre un nuovo capitolo, molto più collaborativo, del rapporto fra Corte e giudici, che da quel momento l'attuazione della Costituzione è "condivisa" e si pongono le basi perché i principi costituzionali possano trovare piena realizzazione nel nostro ordinamento. Su questo punto mi permetto di introdurre una visione critica: è vero che, dal punto di vista teorico e pratico in molti casi, questa decisione ha finalmente chiamato tutti i giudici alla responsabilità di un'attuazione "in concreto" della Costituzione. Molte vicende hanno quindi avuto un esito positivo, ma ci sono dati che introducono qualche dubbio e altri che non conosciamo ma su cui dovremmo, a mio avviso, indagare. Senza dubbio, quella decisione ha provocato nel giro di pochi anni una notevole riduzione delle questioni sollevate in via incidentale: questo aspetto, da un lato, potrebbe essere visto positivamente, perché indice di un maggiore ricorso all'interpretazione conforme, che rende inutile la sollevazione della questione, evitando tra l'altro sospensioni dei giudizi e un allungamento dei tempi dei processi principali. Ma cosa succede veramente davanti ai giudici comuni? Siamo davvero di fronte a giudici con una cultura costituzionale che permea l'interpretazione delle leggi? Giudici che rispondono di fronte alle questioni poste dalle parti? Non abbiamo statistiche sulle questioni ritenute manifestamente infondate nei giudizi *a quibus*, ma ancora meno su quello che i giudici non prendono neanche in considerazione. Nella mia limitata esperienza professionale, in questioni che riguardavano diritti fondamentali, come quelle legate alla legge n. 40 del 2004, in tema di fecondazione medicalmente assistita, o di diritti delle coppie *same-sex*, non è facile far

Infatti, se per quanto concerne le prime è noto come esse non abbiano mai ottenuto un riconoscimento autonomo né dalla Corte costituzionale né dalla dottrina (salvo rare eccezioni)<sup>41</sup>, le seconde<sup>42</sup>, pur essendo disciplinate dall’art. 24 l. n. 87/1953 (che impone siano «adeguatamente» motivate), non hanno avuto maggiore fortuna e, anzi, anche a causa della mancanza di un regime di pubblicità all’altezza della loro funzione sistematica (a differenza di quanto previsto per le ordinanze di rimessione ex art. 25 l. n. 87/1953), non sono state ancora oggetto di approfondimenti specifici<sup>43</sup>.

---

sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma soprattutto avere una risposta sulla questione. E i diritti nel processo *a quo* sono una zona grigia che dovremmo cercare di analizzare di più, perché è proprio lì che emergono le maggiori necessità di tutela ed è sempre lì che emergono le maggiori lacune». Un primo lavoro nella direzione auspicata dall’Autrice è quello di C. NARDOCCI, *op. cit.*, 98 ss. che, per quanto concerne le decisioni ex art. 24 l. n. 87/1953, si sofferma soprattutto sul tema della riproponibilità della eccezione di incostituzionalità ad opera della parte processuale. Per la poca letteratura prodotta sino ad oggi in materia è pertanto possibile rinviare a tale contributo.

<sup>41</sup> In tal senso si veda ancora una volta T. GROPPI, *La Corte e ‘la gente’*, cit., 2019, 415 in cui si evidenzia quanto segue: «L’iniziativa di parte è scaduta a “semplice stimolo” o sollecitazione nei confronti del giudice *a quo*, in contrasto, è stato detto, con la “finalità storica del legislatore”, rispetto alla quale l’ordinanza di rinvio avrebbe dovuto essere soltanto il veicolo dell’istanza di parte, di cui il giudice avrebbe dovuto riferire i motivi, senza aggiungere niente di suo. Al punto che, nel “ritenuto in fatto” delle decisioni della Corte costituzionale, solo sporadicamente si dà atto dell’iniziativa, di parte o di ufficio, del promovimento della questione e sarebbe vano cercare di ricostruire su tale base dati quantitativi. Una volta prevalsa la prospettiva dell’assenza di autonomo rilievo, fuori dal giudizio *a quo*, dell’iniziativa delle parti, la *ratio* del giudizio incidentale è perciò venuta a coincidere con l’esigenza di sollevare il giudice comune dal dovere di applicare la legge incostituzionale o di incerta costituzionalità. In particolare, questa è la lettura che si dà del nesso di pregiudizialità come espresso attraverso il requisito della rilevanza, ben sintetizzato con le parole di Crisafulli: “è l’interesse (oggettivo) del giudice a non applicare le norme incostituzionali, e non già l’eventuale interesse di una tra le parti ad ottenere una determinata decisione del giudizio”» (in relazione a quest’ultima citazione l’Autrice rinvia a V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Diritto e società*, 1973, 88). Per un’autorevole posizione dottrinale in senso contrario, che valorizza questo istituto, si rimanda invece a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 108 ss. in particolare nel passaggio in cui si sostiene che «l’iniziativa di parte è una vicenda caratterizzata dai propri caratteri sostanziali e processuali, ed è circondata da particolari garanzie che impongono di tenerla distinta dall’iniziativa del giudice e di non svalutarla a mero impulso o sollecitazione di un presunto potere esclusivo del giudice» stesso, in quanto «per le parti, la questione si configura come strumento di difesa dei diritti e interessi costituzionalmente protetti, conformemente al diritto di azione in giudizio garantito dall’art. 24, prima comma, della Costituzione». Per un’ampia ricostruzione del rapporto tra iniziativa di parte e iniziativa del giudice, della tesi della duplicità e della piena fungibilità tra le due iniziative nonché della posizione maggioritaria della dottrina a sostegno del «monopolio del giudice *a quo*» si rinvia ancora a C. NARDOCCI, *op. cit.*, 97 ss.

<sup>42</sup> D’ora in avanti si parlerà indistintamente di ordinanze di non rinvio, di rigetto e di respingimento, in quanto tutte queste denominazioni risultano corrette. L’unica differenza rinvenibile è invero quella per cui la prima espressione sottolinea la simmetria rispetto alle ordinanze di rimessione ex art. 23 l. n. 87/1953; la seconda valorizza il parallelo rispetto alle analoghe decisioni della Corte costituzionale; la terza rinvia invece fedelmente al dato letterale della disposizione.

<sup>43</sup> In tal senso appare estremamente significativo il silenzio in ordine a questa tipologia di atti da parte della Corte costituzionale. Esso emerge dalle relazioni annuali sulla giurisprudenza costituzionale e dalle conferenze stampa dei Presidenti della Consulta, la cui analisi dimostra come quello in esame rappresenti un fenomeno totalmente al di là della capacità di controllo del custode della legalità costituzionale. Anche a livello comparato, stando alle opere di L. PEGORARO, *op. cit.*, 2019 e di S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 2021, questo tipo di atti non sembra essere stato oggetto di approfondimenti specifici. Significativa eccezione è quella dell’esperienza francese, sulla quale si ritornerà però nelle conclusioni. A livello interno, per alcune brevi considerazioni, su questo atto si rinvia a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 126-127 (in cui si valorizza il carattere dell’adeguatezza della motivazione dell’ordinanza e la sua insindacabilità) e a E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 104-105, nonché da ultimo a C. NARDOCCI, *op. cit.*, 174 ss.

Invero, le ordinanze di rigetto delle eccezioni di incostituzionalità proposte dalle parti (oltre che, in potenza, le eccezioni stesse) rappresentano un mezzo formidabile: I) per avere una cognizione esatta dei fenomeni di inaridimento del giudizio incidentale e di marginalizzazione del Giudice costituzionale ad opera dei giudici comuni di cui in tanti hanno discusso in questi anni; II) per poterne individuare le cause e per verificare se il minor numero di casi trattati dalla Corte sia il risultato di una minore sensibilità costituzionale dei «portieri» della Consulta, soggetti come tutti al passare del tempo e al cambio delle generazioni, oppure, prima ancora, dei cittadini e dell'avvocatura che li rappresenta nei giudizi<sup>44</sup>; III) per poter infine decidere in merito alla necessità, all'urgenza e al metodo di riforma di questa parte del sistema italiano di giustizia costituzionale nel rispetto dei peculiari equilibri del suddetto modello e di quella regola del minimo mezzo invocato dalla dottrina per garantirne la stabilità.

Tali potenzialità derivano in effetti dalla capacità di questo mezzo di indagine di porre gli studiosi nelle condizioni ideali per focalizzare la propria attenzione su tutte quelle questioni, tra loro strettamente correlate, che la dottrina ha progressivamente individuato come decisive per riflettere sul complessivo fenomeno della crisi del giudizio di costituzionalità in via incidentale<sup>45</sup>.

In primo luogo, invero, questo strumento di analisi consente di capire come abbia funzionato concretamente quella interpretazione conforme a Costituzione ad opera dei giudici comuni il cui abuso, non solo secondo alcuni autori potrebbe integrare i requisiti necessari per l'autoproposizione di un conflitto di attribuzione da parte del medesimo Giudice costituzionale<sup>46</sup>, ma è ancora più precisamente lo strumento tecnico perfetto per

---

<sup>44</sup> In tale prospettiva si rimanda a R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale*, cit., 2000, 638 nella parte in cui si osserva quanto segue: «Il giudice comune viene quindi individuato come il "portiere" della Corte, per cui l'efficacia del suo ruolo di garante dei diritti fondamentali viene a dipendere essenzialmente dalla sensibilità che i giudici dimostreranno nei confronti dei nuovi valori costituzionali e quindi dal fatto che essi rimettano alla Corte questioni di costituzionalità. È in questo e per questo che si può sostenere che il Costituente ha fatto una specie di scommessa sui giudici, facendo affidamento sulla loro sensibilizzazione ed al raccordo ed alla collaborazione che avrebbero potuto sorgere tra questi e la Corte costituzionale. I giudizi quasi unanimemente positivi sull'attività della Corte in questi anni stanno a dimostrare che la scommessa è stata vinta, dal momento che il merito dell'opera di "defascistizzazione" della legislazione, di fronte all'inerzia del legislatore, deve essere equamente diviso tra i due soggetti». Per una riflessione sulla importanza della cultura, della sensibilità e della coscienza costituzionale in generale si rinvia a A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, VII, IV ed., Milano, 2004 (citato da M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI E P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, Torino, 2007, 12) nella parte in cui si scrive che «Il sistema costituzionale, in realtà, vive e si garantisce con l'apporto di tutti i suoi elementi ed, innanzi tutto, nella coscienza e nell'operare quotidiano della collettività generale; né potrebbe esistere un organo idoneo a difenderlo quando fossero consumate le sue radici storiche e sociali. Possono esistere, però, organi diretti ad immettere nel circuito complessivo valutazioni, giudizi diretti a consolidarlo: e questi organi sono, per un verso, tutti i giudici e, per altro verso, quelli costituzionali che del sistema giurisdizionale rappresentano il punto più elevato ed, in qualche senso, la guida ideale».

<sup>45</sup> I capoversi seguenti coincidono in sostanza con la seconda parte del terzo paragrafo di S. ROVELLI, *Le ordinanze di non rinvio ex art. 24 l. n. 87/1953: una zona buia della giustizia costituzionale italiana che può e deve essere illuminata*, in corso di pubblicazione nel Volume che raccoglierà gli atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa del 27-28 maggio 2023.

<sup>46</sup> In tal senso si rinvia a M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, cit., 2007, 15 secondo cui: «Al di là delle funzioni contingentemente attribuite, nel corso della storia, dalle oggettive esigenze del sistema politico-istituzionale, resta in capo alla Corte quella, fondamentale, di assicurare la supremazia della Costituzione, e di assicurarla nelle forme e con le modalità operative volute dai

determinare quella trasformazione del controllo sulla fondatezza dell'eccezione in un indebito strumento deflativo del processo costituzionale che è stata denunciata dallo stesso Presidente della Corte nella sua relazione annuale del 2019<sup>47</sup>.

In merito a quest'ultimo punto è importante sottolineare come lo studio delle ordinanze *ex art. 24 l. n. 87/1953* porti con sé la possibilità di riflettere su quel problema tipico della materia in esame che consiste nella definizione del limite del potere interpretativo dei giudici comuni<sup>48</sup> e nell'analisi del suo possibile sconfinamento verso

---

Costituenti (*in primis*, dunque, per mezzo del sindacato accentrato e dell'accesso incidentale). Questo, in estrema sintesi, significa che [...] la legge può essere interpretata conformemente a Costituzione solo a condizione di non oltrepassare i (pur incerti) limiti dell'interpretazione e di non trasformare il nostro in un sindacato di costituzionalità diffuso. Se il giudice va oltre quei limiti, sono le attribuzioni della stessa Corte costituzionale che sono compromesse (e, a mio parere, è anche logicamente concepibile che, qualora questo accada, la Corte promuova un conflitto di attribuzione innanzi a se stessa)». In senso parzialmente analogo si veda G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 123 nella parte in cui si afferma che il giudice che non si attiene «alla delibazione della sola non manifesta infondatezza» e chiuda «alla questione la via della Corte in seguito a valutazioni a lui non consentite» incorrerebbe «nel vizio di difetto assoluto di giurisdizione» e sarebbe «altresì possibile immaginare il sorgere di un conflitto di attribuzione per omissione, sollevato dallo stesso giudice costituzionale di fronte a sé stesso, per rivendicare una competenza che gli è riservata». A differenza del primo Autore, questi ultimi ritengono che la interpretazione conforme avrebbe ridimensionato tale problema (anche se a pagina 125 scrivono che «L'obbligo del giudice di tentare l'interpretazione conforme, previamente alla proposizione della questione d'incostituzionalità, incontra il limite oltre il quale il giudice si sostituirebbe alla Corte costituzionale»). Bisogna segnalare, infine, la posizione di R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 2017, 28, il quale, pur non pronunciandosi nello specifico su questo punto ma sulla questione collaterale della «crisi del giudizio incidentale» e della «voglia di ricorso diretto», ha scritto che «Una simile esigenza è mostrata in particolare dall'uso improprio fatto dello strumento del conflitto di attribuzione tra poteri dello stato, utilizzato da soggetti privati o da associazioni con l'evidente scopo di impugnare atti legislativi o giurisdizionali ritenuti lesivi dei propri diritti», evidenziando però che «In tutti questi casi, richiamandosi al dettato normativo ed alla propria giurisprudenza consolidata, la Corte costituzionale ha agevolmente dichiarato inammissibili i ricorsi in quanto privi dei requisiti soggettivi (ed in alcuni casi pure oggettivi) del conflitto tra poteri dello Stato, non potendosi i ricorrenti essere qualificati come "potere dello Stato"».

<sup>47</sup> In tal senso si veda G. LATTANZI, *Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2019, in cui si sottolinea che «Occorre riconoscere che, anche per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d'ombra dell'ordinamento, ove è più difficile che possano essere sollevate questioni incidentali (sentenza n. 196 del 2018)».

<sup>48</sup> Per una ricostruzione del dibattito in materia si rimanda a V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sé"*, cit., 647 ss., la quale rimarca che «La creatività della giurisprudenza è subordinata e strumentale a un fine specifico: l'armonizzazione della legislazione ai principi costituzionali. Il canone dell'interpretazione conforme vale non come strumento di libera creazione, ma come strumento per la realizzazione del fine predefinito. La questione è per natura controversa: quello che per uno è interpretazione conforme, per un altro è arbitrio. L'interpretazione è sempre, e forse per sempre, terreno di contrasto. Il rischio in cui è però possibile incorrere (e che va scansato) è che, dietro lo schema dell'interpretazione conforme come potere-dovere della giurisprudenza si celi l'arbitrio interpretativo che sovrverte il principio della soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) [...]. Il coinvolgimento dei giudici è fuori discussione. Un coinvolgimento che però – ed è questo il limite – non può essere esteso fino al punto in cui, per applicare la Costituzione, si disapplica la legge. Qui deve entrare in campo la Corte costituzionale per mezzo della questione di costituzionalità. Questo è il punto di equilibrio che deve essere salvaguardato. Se e in quanto lo sia, non si può parlare di "sindacato diffuso" e di travalicamento del potere giudiziario in quelli riservati alla Corte costituzionale. L'interpretazione conforme dei giudici è di per sé uno strumento non conflittuale ma cooperativo con i poteri della Corte nell'assicurare la circolazione dei principi e dei valori costituzionali nelle vene dell'ordinamento giuridico». Si rinvia altresì a F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà*



quel giudizio di conformità e difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione che, in un ordinamento ispirato al principio della separazione dei poteri che opta per un controllo accentrato di costituzionalità, è e non può che essere di competenza della Corte<sup>49</sup>.

In secondo luogo, di conseguenza, questo stesso filone di indagine permette di comprendere il grado effettivo di diffusione del modello italiano di giustizia costituzionale.

Appare evidente, infatti, come siano proprio le ordinanze di non rinvio gli atti attraverso i quali l'attività dei giudici comuni si avvicina nel modo più significativo al potere proprio della Corte di pronunciarsi sulla legittimità delle leggi (tanto più quando ciò avviene a livello della Corte di cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica), in quanto tali atti integrano quella possibilità per il singolo giudice di decidere le questioni senza passare dalla Consulta che, come ha colto autorevole dottrina, rappresenta l'indice più probante della natura diffusa del controllo di costituzionalità<sup>50</sup>.

---

*Giuridica dell'Università di Camerino*, 2019 e a M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018. Sui medesimi temi si rimanda anche al più risalente E. MALFATTI, P. BIANCHI, *op. cit.*, 68 nella parte in cui si specifica che «la Corte, a pena di sovvertimento dei principi che nel nostro ordinamento informano la posizione e le funzioni dell'autorità giudiziaria, non può evidentemente condurre l'indirizzo favorevole all'interpretazione adeguatrice ed all'applicazione diretta della Costituzione fino alle estreme conseguenze, che determinerebbero la dismissione dei suoi poteri, con il parallelo riconoscimento al giudice della possibilità di disapplicare la legge per poter orientare il proprio operato ai canoni costituzionali».

<sup>49</sup> Merita di essere segnalato in questa prospettiva un ulteriore passaggio dell'intervento dell'allora Presidente della Corte costituzionale Lattanzi, che scrisse «Il potere interpretativo dei giudici tuttavia non può spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l'ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire. Appartiene del resto alla logica stessa della separazione dei poteri che il giudizio di conformità o di difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione compete alla Corte, anziché ai giudici comuni, salve le ipotesi in cui il contrasto è di mera apparenza, in quanto ricomponibile attraverso l'interpretazione. La natura della Corte, fin dai suoi equilibrati criteri di composizione; le peculiarità del giudizio costituzionale, ove si realizza, con la più ampia collegialità, un confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici; la pubblicità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce, sono solo alcuni dei fattori che rendono il sindacato accentrato l'architettura, non surrogabile, del controllo di costituzionalità. Ciò deve indurre all'adozione, quando è possibile, di criteri che favoriscano l'accesso alla giustizia costituzionale e permettano lo scrutinio del merito della questione incidentale che viene proposta» (G. LATTANZI, *op. cit.*, 2019). Sul punto però si rinvia anche a S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 2021, 219 nella parte in cui gli Autori scrivono che «la dottrina dell'interpretazione conforme, per come applicata in Italia negli ultimi vent'anni, è stata fortemente criticata perché, se da un lato invita i giudici ordinari ad assumere un ruolo maggiore nella funzione di garanzia costituzionale, accentuando il carattere diffuso del “sistema incidentale”, dall'altro implica spesso la rinuncia della Corte costituzionale al suo ruolo di guida nell'interpretazione costituzionale. Si legittima così il moltiplicarsi di interpretazioni “fantasiose” sulla medesima disposizione, che in assenza di meccanismi di adeguamento all'interno della giurisprudenza ordinaria, rischia di minare la certezza del diritto e di attribuire troppa discrezionalità ai giudici nella scelta delle questioni da sollevare alla Corte, senza idonee garanzie di tutela delle parti, le quali non possono impugnare la scelta del giudice *a quo* di negare la proposizione dell'eccezione». Per il ruolo della Corte costituzionale quale «soggetto che fissa i principi generali e quindi decide la “politica” dei diritti fondamentali e dei loro limiti» si veda R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 2017, 28.

<sup>50</sup> In questo senso si rinvia in particolare a R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “momenti di diffusione”*, cit., 2020, 10 il quale evidenzia come «Se passiamo a considerare il tema dell'accesso con riferimento alla nozione tecnica di accentrato-diffuso è necessario

Infine, come risultante anche dalle suddette considerazioni, questo mezzo di investigazione consente di monitorare l’effettivo equilibrio dei rapporti tra Corte e giudici comuni, l’armonia dei quali ha rappresentato storicamente la più solida argomentazione contro l’introduzione del ricorso individuale diretto nell’ordinamento italiano<sup>51</sup> (posto che in tal senso hanno avuto un rilievo notevole anche il pericolo di un eccessivo carico di lavoro per la Consulta<sup>52</sup> e il rischio che il ricorso stesso sia percepito come una misura punitiva nei confronti della magistratura<sup>53</sup>).

---

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». In senso analogo si vedano: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 121, dove, in relazione al giudizio sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, si scrive che «attraverso questo controllo sommario, o, come si dice, *prima facie*, del fondamento della questione, si realizza, almeno in minimi termini, una sorta di valutazione diffusa di costituzionalità»; L. PEGORARO, *op. cit.*, 2019, 106-107, che coglie la portata della questione quando osserva: «Si noti che – qualora l’incidente sia sollevato dalle parti e non d’ufficio – il giudice (e non la Corte costituzionale) può statuire definitivamente sulla questione di costituzionalità, se decide che essa è manifestamente infondata»; G. PITRUZZELLA, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell’interpretazione della legge*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 165-166, nella parte in cui si afferma che «L’uso estremo dell’interpretazione conforme finiva per produrre una sorta di sindacato diffuso e di costituzionalità della legge, perché in nome della Costituzione il giudice poteva arrivare a disapplicare la legge e perché ciascun giudice poteva scegliere la “sua” interpretazione si apriva la strada a differenti interpretazioni della Costituzione – anche tra loro confliggenti – ognuna delle quali poteva giustificare un differente significato da attribuire alla legge per renderla costituzionalmente conforme». Particolarmente interessante è anche il passaggio in cui si specifica che «la spinta al riaccostamento della giustizia costituzionale [...] è una reazione a tutti i costi che vengono pagati in termini di certezza del diritto. Perché il combinato disposto del caos normativo e dell’allargamento del ruolo di ciascun giudice e degli spazi interpretativi assai larghi che gli vengono concessi ha per conseguenza la perdita di prevedibilità e quindi di certezza del diritto. E poiché senza prevedibilità e senza certezza anche la garanzia delle libertà risulta minacciata e il governo della legge sembra cedere spazio ad una nuova forma di governo degli uomini non più adeguatamente vincolati alla legge, ecco che alla fine anche i valori fondanti della specie più evoluta dello Stato di diritto che è lo Stato costituzionale ne risultano minacciati». Si rinvia infine a E. LAMARQUE, *op. cit.*, 2021, 211 e S. BAGNI, M. NICOLINI, *op. cit.*, 219.

<sup>51</sup> Su tutti si veda E. LAMARQUE, *op. cit.*, 2021, 211 che scrive: «Questo volume racconta come si è evoluta finora la relazione tra i due attori protagonisti del sistema incidentale di controllo di costituzionalità. [...] Dagli indizi di cui ora disponiamo il futuro non sembra riservare novità né quanto alla fase ascendente né quanto alla fase discendente del giudizio costituzionale incidentale. Tutti i necessari raccordi processuali tra la giurisdizione comune e quella costituzionale, che erano e sono tuttora assenti nelle norme di diritto positivo sono ormai stabiliti dalle regole di origine giurisprudenziale forgiate nei quaranta anni della stagione delle prove d’orchestra e poi consolidate nella stagione del tango. Sono regole che funzionano, e dunque ragionevolmente si può prevedere che saranno mantenute».

<sup>52</sup> In relazione a tale argomento si rimanda a: P. CARETTI, *Premessa*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., XI nella parte in cui si sottolinea che l’«allargamento» determinato dalle proposte di riforma della Commissione bilaterale «avrebbe posto una serie di delicati problemi in ordine alla tenuta e funzionalità complessiva di un organo, generalmente annoverato tra le istituzioni repubblicane che meglio hanno svolto il compito loro conferito dalla Carta costituzionale»; E. CHELI, *Considerazioni finali*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 422, nella parte in cui si

Nello specifico, inoltre, tale mezzo di indagine permette di capire se i giudici si siano trasformati da filtro delle eccezioni di incostituzionalità nel muro contro cui esse si infrangono anche quando rilevanti e non manifestamente infondate. Una situazione, quest’ultima, che sarebbe particolarmente pericolosa se si considera che le ordinanze di non rinvio, anche a causa della loro insindacabilità diretta, possono potenzialmente prosciugare quella che è di fatto la principale fonte vitale del Giudice delle leggi<sup>54</sup> in

---

individua il primo dei «rischi maggiori della riforma proposta» dalla Commissione bicamerale nella «prevedibile riduzione di efficienza del sistema di cui oggi disponiamo, quale conseguenza del sovraccarico di funzioni che verrebbe a gravare sull’organo di giustizia costituzionale e dallo spostamento dei pesi in direzione dell’impugnativa diretta, senza la previsione di adeguati filtri tecnici»; R. ROMBOLI, *Ampliamento dell’accesso alla Corte costituzionale*, cit., 2000, 634 ss. e, in senso sostanzialmente analogo, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, XVIII e S. PANIZZA, *op. cit.*, 2022. La maggior parte di questi contributi fa esplicito riferimento alle esperienze della *Verfassungsbeschwerde* tedesca e dell’*amparo* spagnolo per evidenziare come la presenza di un ricorso diretto abbia determinato un sovraccarico di lavoro dei tribunali costituzionali che ha complicato notevolmente l’esercizio delle loro funzioni. Questa critica ha trovato un argomento ulteriore nella introduzione, attraverso la Ley Orgánica 6/2007, del requisito della *especial transcendencia constitucional* del ricorso che ha attribuito un enorme potere discrezionale al *Tribunal Constitucional* spagnolo in merito alle dichiarazioni di inammissibilità dei medesimi. Per un approfondimento di estremo interesse su come questa riforma, dettata anche dalla logica emergenziale propria della crisi economica del 2008, abbia contribuito a rilanciare le critiche populiste contro la «*élite judicial*» e abbia determinato un indebolimento della legittimazione del *Tribunal* spagnolo si veda I. GOMEZ, *El acceso a la jurisdicción constitucional en España: explorar el refuerzo de la legitimidad de ejercicio*, in G. FAMIGLIETTI, S. ROMBOLI (a cura di), *Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales. Reflexiones entorno al encuentro del CAF 2020*, Pisa, 2021. Merita di essere evidenziato, in particolare, che, nell’individuare nella questione dell’accesso al *Tribunal Constitucional* «*como garantía procesal del ciudadano*» il cuore dell’idea di legittimazione della giurisdizione costituzionale in quanto coesistente all’immagine e alla funzione di quest’ultima come garante dei diritti, l’Autrice propone di rafforzare la legittimazione del custode della legalità costituzionale anche attraverso l’introduzione di una *acción popular*.

<sup>53</sup> Si rinvia ancora a S. PANIZZA, *op. cit.*, 2022 e R. ROMBOLI, *Ampliamento dell’accesso alla Corte costituzionale*, cit., 641.

<sup>54</sup> In questo senso, riprendendo sempre le riflessioni di E. LAMARQUE, *op. cit.*, 2021, 206 ss., si può affermare che le ordinanze di non rinvio *ex art. 24 l. n. 87/1953* possono rappresentare l’atto attraverso il quale si configurano almeno due delle «tre ipotesi patologiche nelle quali la creatività giudiziale nel nome della Costituzione si espande fuori dal raggio di influenza del giudice costituzionale e rischia di diventare una scheggia impazzita, mettendo in crisi lo stesso carattere accentrato-collaborativo del nostro sistema di controllo sulle leggi». La prima è quella «seconda ipotesi» alla quale «possono ascrivere quegli episodi [...] nei quali singoli organi giudicanti ricorrono al criterio dell’interpretazione conforme a Costituzione allo scopo di pervenire a una soluzione più “giusta” di quella offerta dal legislatore per la via breve, ovvero senza passare attraverso il giudizio della Corte costituzionale, pur quando il tenore testuale della legge non consentirebbe di pervenire a quella soluzione» e in cui, secondo l’Autrice, «la patologia c’è, ma non è (ancora) diventata cronica, perché si può immaginare che prima o poi un altro giudice [...] investa del dubbio la Corte costituzionale, riportando così “al centro” la palla, in modo che la partita ritorni a seguire le regole del sistema accentrato di costituzionalità» (ciò non significa, peraltro, che la situazione non possa degenerare: l’Autrice conclude infatti osservando come, «nel frattempo, tuttavia, la situazione può arrivare a ledere gravemente la certezza del diritto, il principio di eguaglianza e la stessa fiducia dei consociati nelle istituzioni»). La seconda è quella «terza ipotesi» che si configura «quando un’interpretazione conforme a Costituzione molto distante dal tenore letterale della legge, e quindi ancora una volta paragonabile alla sua disapplicazione, non solo si affaccia nella giurisprudenza, ma anche si stabilizza in diritto vivente senza che mai alcun giudice neppure ipotizzi di sollevare questione di costituzionalità della legge nel suo significato letterale». In questo caso, osserva l’Autrice, tale condotta «contrastava frontalmente, in modo grave e irreparabile, con il carattere accentrato del nostro sistema di giustizia costituzionale» e quindi, non potendo più essere derubricata a mero «errore interpretativo» come nel caso dell’abuso o dell’«eccesso nell’uso dell’interpretazione conforme», esso non può che essere definito come, almeno, «qualcosa di simile a un tentativo di instaurare per via di fatto un sistema di costituzionalità diffuso».

quanto possiedono tutte le caratteristiche necessarie per poter integrare uno di quei «fenomeni che impediscono sul nascere, nei singoli casi concreti, il raccordo tra la giurisdizione comune e quella costituzionale» che, «rendendo più rarefatte le occasioni di contatto tra i protagonisti» del controllo incidentale di costituzionalità, rischiano di far «regredire» la relazione tra l'autorità giudiziaria e la Corte a un livello talmente incerto e asistemático da determinare il «rischio di atrofia del giudizio accentrato di costituzionalità» e quindi una «mutazione profonda del giudizio incidentale italiano»<sup>55</sup>.

Definite le ragioni del metodo di lavoro prescelto per riflettere sulla crisi del giudizio incidentale di costituzionalità, una circostanza particolarmente significativa per sperimentare questo mezzo di indagine e verificare la sua efficacia si è presentata in occasione della emergenza pandemica. Nel marzo 2020, infatti, al fine di fronteggiare il diffondersi del covid nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, il legislatore ha adottato alcune misure in materia di libertà personale e di termini di durata della custodia cautelare che hanno destato diversi dubbi di legittimità costituzionale, che però i giudici comuni, e in particolare la Corte di cassazione, hanno ritenuto di non sottoporre al sindacato della Corte.

### **3. Un caso emblematico: il d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e la giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare<sup>56</sup>**

La riflessione che qui si propone sulla tutela della libertà personale ai tempi dell'emergenza covid verte essenzialmente intorno ad una disposizione: l'art. 83 d.l. 17 marzo 2020 n. 18<sup>57</sup>. Infatti, se è ormai acclarato che gran parte della normativa prodotta

---

<sup>55</sup> Si veda ancora E. LAMARQUE, *op. cit.*, 210.

<sup>56</sup> Su questo argomento è già stato scritto un contributo a cui si rinvia: S. ROVELLI, *Emergenza covid e libertà personale: uno stravolgimento dell'ordine costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2021, 1748 ss. Ad esso si farà ampio riferimento per ricostruire la disciplina in esame così come interpretata fino a marzo 2021 e alle Sezioni Unite Sanna.

<sup>57</sup> È fondamentale chiarire fin dal principio come la disciplina in esame rappresenti un *unicum*. Nessuno degli interventi normativi adottati per fronteggiare altri eventi eccezionali aveva infatti disposto espressamente la sospensione generalizzata dei termini di durata della custodia cautelare. Una simile norma, invero, non si registra: nel d.l. 26 novembre 1980, n. 776 (adottato a seguito del terremoto che colpì Basilicata e Campania), nel d.l. 27 ottobre 1997, n. 364 (adottato in relazione agli eventi sismici che interessarono Marche e Umbria), nel d.l. 4 novembre 2002, n. 245 (adottato in relazione alle calamità naturali verificatesi in Molise e Sicilia), nel d.l. 28 aprile 2009, n. 39 (adottato in occasione del terremoto che colpì l'Abruzzo), nel d.l. 6 giugno 2012, n. 74 (adottato a seguito degli eventi sismici che interessarono l'Emilia-Romagna) e, infine, nel d.l. 17 ottobre 2016, n. 189 (adottato all'indomani del terremoto che colpì il Centro Italia). Tale tradizione aveva trovato conferma anche nel d.l. 2 marzo 2020, n. 9, il cui articolo 10 al comma 11 aveva ribadito le prescrizioni adottate in occasione dei terremoti del 2009, del 2012 e del 2016 tanto dall'art. 5, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, quanto dall'art. 6, d.l. 6 giugno 2012, n. 74 e dall'art. 49, d.l. 17 ottobre 2016, n. 189. Tali disposizioni risultano particolarmente significative perché, in senso diametralmente opposto alla disciplina adottata a partire d.l. 8 marzo 2020, n. 11, avevano escluso categoricamente che la sospensione dovesse operare «nei processi con imputati in stato di custodia cautelare». Infine, i successivi e più ponderati interventi normativi adottati dal legislatore tra l'ottobre e il dicembre 2020 nel contesto dell'emergenza Covid hanno confermato tale *unicum* circoscrivendo la sospensione dei termini *ex art.* 303 c.p.p. ai casi concreti eccezionali di rinvio delle udienze per assenza «giustificata dalle restrizioni ai movimenti imposte dall'obbligo di quarantena o dalla

al fine di governare quel momento così critico per la vita della Repubblica ha destato preoccupazioni di ordine costituzionale (puntualmente analizzate dalla dottrina<sup>58</sup>), questa disciplina ha determinato dei problemi specifici che meritano di essere analizzati nel dettaglio in quanto hanno un peculiare significato in relazione al discorso sulla crisi della via di accesso incidentale alla Corte costituzionale così come è stato sintetizzato precedentemente.

In relazione al periodo di tempo intercorrente tra il 9 marzo 2020 e il 15 aprile dello stesso anno<sup>59</sup>, l'art. 83 d.l. n. 18/2020 ha infatti previsto: al comma 1 il rinvio d'ufficio delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti «presso tutti gli uffici giudiziari»; al comma 2 la sospensione generalizzata del decorso di «tutti i termini procedurali», compresi quelli finalizzati al compimento di qualsiasi atto; e al comma 4, infine, l'estensione dell'efficacia di quest'ultima norma altresì ai termini di prescrizione e a quelli di cui agli articoli 303 e 308 c.p.p. «nei procedimenti penali in cui opera la sospensione [...] ai sensi del comma 2»<sup>60</sup>.

Il legislatore ha quindi dedicato al diritto fondamentale di cui all'art. 13 Cost. l'intera lettera b) del comma 3 della disposizione esaminata. Quest'ultimo comma

---

sottoposizione a isolamento fiduciario in conseguenza delle misure urgenti in materia di contenimento e gestione della emergenza epidemiologica da Covid-19 sul territorio nazionale previste dalla legge o dalle disposizioni attuative dettate con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro della salute» (art. 23 ter del d.l. 28 ottobre 2020 n. 137).

<sup>58</sup> Senza pretesa di completezza si rinvia a: G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020; V. ONIDA, *Costituzione e Coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Milano, 2020; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 5 ottobre 2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 6 aprile 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020. Si vedano altresì gli spazi di discussione costituiti da diverse riviste, quali: *Focus «Osservatorio emergenza Covid-19»* in *Federalismi.it*; *Forum «Emergenza CoVid-19»* in *Osservatorio A.I.C.*; la Sezione «Emergenza sanitaria e diritti fondamentali» in *dirittifondamentali.it*.

<sup>59</sup> Il termine della sospensione generalizzata è stato poi prorogato all'11 maggio 2020 dal d.l. 8 aprile 2020 n. 23 che è poi confluito nella legge di conversione 5 giugno 2020 n. 40. La legge di conversione del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 è stata, invece, la n. 27 del 24 aprile 2020.

<sup>60</sup> La *ratio* della disciplina in esame, da una parte, è stata individuata espressamente nella Relazione illustrativa al medesimo decreto legge nella «esigenza di sospendere tutte le attività processuali allo scopo di ridurre al minimo quelle forme di contatto personale che favoriscono il propagarsi dell'epidemia» (finalità che, a causa del «fiorire di dubbi interpretativi e prassi applicative sostanzialmente elusive del contenuto della previsione» precedente «o comunque non adeguatamente sensibili rispetto all'evidente dato teleologico della norma», ha imposto al legislatore di rendere «evidente l'amplissima portata che la sospensione ivi prevista deve avere (da riferirsi a tutti i procedimenti civili e penali e non solo ai soli procedimenti in cui sia stato disposto un rinvio di udienza)») e, dall'altra, è stata esplicitamente riconosciuta in Cassazione penale, Sezioni unite, sentenza 10 febbraio 2021, n. 5292, Sanna. Questa decisione ha infatti affermato che «il primo dei due periodi configurati dal legislatore ha inteso imporre, tendenzialmente, la totale paralisi di ogni attività processuale» con la conseguenza per cui «non è dubbio che quella configurata dal legislatore sin dal d.l. n. 9 sia una vera e propria sospensione dei procedimenti e dei processi, atteso che il rinvio d'ufficio delle udienze e la sospensione di tutti i termini sono misure che sono state adottate proprio al dichiarato fine di provocare una generalizzata stasi dell'attività giudiziaria – salve le eccezioni espressamente previste – funzionale al contenimento dell'emergenza pandemica».

merita di essere ripreso per esteso in questa sede in quanto, nel disciplinare in modo quasi omogeneo beni di rilievo costituzionale estremamente eterogenei tra loro, ha definito i casi eccezionali e tassativi in cui le norme di cui ai commi 1 e 2 non avrebbero dovuto operare. Essa ha stabilito infatti che «Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non operano nei seguenti casi: a) cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati, ai minori allontanati dalla famiglia ed alle situazioni di grave pregiudizio; cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona; procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori e sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute; procedimenti di cui all'articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833; procedimenti di cui all'articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194; procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari; procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea; procedimenti di cui agli articoli 283, 351 e 373 del codice di procedura civile e, in genere, tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti. In quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile; b) procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo, procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 del codice di procedura penale, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive e, quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda, altresì i seguenti: 1) procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative, ai sensi dell'articolo 51-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354; 2) procedimenti in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza; 3) procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono disposte misure di prevenzione. c) procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale. La dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile» (il corsivo è aggiunto).

Fin dalle prime settimane successive alla sua approvazione questa disciplina emergenziale è stata oggetto di critiche e dubbi di legittimità costituzionale sollevati da più parti<sup>61</sup>. Tuttavia, prima di procedere all'analisi dell'interpretazione costituzionale

---

<sup>61</sup> Si vedano in tal senso: O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *Archivio penale*, 1/2020, 8 ss. nella parte in cui si afferma che «La sospensione

imposta dall'art. 83, co. 4, d.l. n. 18 del 2020 investe anche i termini di custodia cautelare, e qui occorre ammettere che la manovra governativa appare meglio riuscita, essendo in grado, almeno a prima vista, a fare pagare a un presunto innocente, detenuto in attesa di giudizio, il prezzo temporale dell'impossibilità di proseguire il processo a suo carico nella fase emergenziale. Così descritto, il risultato svela immediatamente la sua intrinseca immoralità oltre che incostituzionalità, per violazione del combinato disposto degli art. 13 e 27, co. 2, Cost. Situazione aggravata dalla drammatica e concreta probabilità che i detenuti siano esposti al pericolo di contagio da COVID-19 all'interno di strutture carcerarie. È difficile anche solo pensare che un presunto innocente possa essere esposto dallo Stato a un gravissimo rischio per la sua salute, con la beffa della sospensione del tempo di custodia cautelare trascorso nella fase dell'emergenza e del rischio sanitari» (in tale prospettiva l'Autore ipotizzava di «attrarre l'intera disciplina delle cautele personali ai più rigorosi principi intertemporali della materia penale» al fine di garantire una tutela più forte alla persona sottoposta a limitazione della propria libertà personale nella consapevolezza che, pur trattandosi di una conclusione «non [...] auspicabile», essa avrebbe avuto «il pregio di mettere ancor più in evidenza la contestabile scelta di legare a doppio filo la condanna di primo o di secondo grado con larvati automatismi applicativi delle misure coercitive»); G. PICARO, *Il virus nel processo penale. Tutela della salute, garanzie processuali ed efficienza dell'attività giudiziaria nei d.l. n. 18 e n. 23 del 2020*, in *Sistema penale*, 17 aprile 2020, nella parte in cui si osserva che «particolari problemi sorgono relativamente alla sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare in carcere, che sembra perseguire esclusivamente finalità legate all'efficienza giudiziaria, limitando allo stesso tempo valori di rango costituzionale superiore quali la tutela della salute dell'imputato detenuto, nonché i suoi diritti difensivi. La sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare così delineata implica un prolungamento della sottoposizione alla misura, che non si giustifica né sul piano della tutela della salute pubblica, per la quale la permanenza in stato di custodia dell'imputato non comporta alcun beneficio, né in relazione alla protezione della salute individuale, che è anzi sottoposta a rischi maggiori a fronte della convivenza con la restante popolazione detenuta. A ciò si aggiunga l'ulteriore sacrificio in termini sia di libertà personale, sia di diritto di difesa, il quale risulta compreso – a fortiori nell'attuale contesto di emergenza sanitaria – quantomeno sotto il profilo delle difficoltà di entrare in contatto con il difensore dallo stato di restrizione»; in senso più generico E. MARZADURI, *Le sorti dei detenuti sottoposti a custodia carceraria ai tempi del coronavirus*, in *Legislazione penale*, 24 marzo 2020 nella parte in cui si sottolinea che «i termini di durata massima della custodia cautelare sono il frutto, più o meno accettabile, di un bilanciamento tra il riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale e la necessità di far fronte alle esigenze cautelari. Pertanto, se si vuole dare una risposta alla situazione di assoluta emergenza che interessa i detenuti non definitivi al tempo del coronavirus, dobbiamo partire dalla consapevolezza della necessità di individuare un percorso specifico, un percorso, a parer mio, necessariamente subordinato, comunque, ad un intervento del legislatore» (ripreso alla lettera nel Documento del Direttivo dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale del 30 marzo 2020 pubblicato su *Sistema penale* il 2 aprile 2020). Critica questo decreto legge per la «lacuna relativa ai soggetti sottoposti a misura cautelare» anche G. SPANGHER, *Misure cautelari e diritto alla salute*, in *Penale – Diritto e procedura*, 25 marzo 2020. Per un'ulteriore posizione critica nei confronti di questa disciplina si rinvia a M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2021, in cui si scrive: «Diversa è la questione del bilanciamento della salute con i diritti fondamentali dell'imputato detenuto. Si è già richiamata la causa sospensiva dei termini di durata delle misure cautelari (di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p.), oltre che del corso della prescrizione del reato, nei procedimenti sottoposti al regime sospensivo dell'art. 83 comma 2 d.l. n. 18/2020 (v. il comma 4 dell'art.). Tuttavia, nei procedimenti dove sono state applicate misure cautelari, la legge ha attribuito all'imputato e al suo difensore il potere di chiedere espressamente che si proceda, con l'effetto d'impedire la sospensione del termine per il compimento di qualsiasi atto processuale, e di far decorrere i termini custodiali, oltre che prescrizionali (art. 83 comma 3, lett. b), n. 2, d.l. n. 18/2020). Il che fa riemergere un dilemma solo in parte accostabile a quello già richiamato in ordine all'instaurazione del processo “a distanza” [...]. Infatti, la scelta difensiva di non optare per la richiesta di procedere potrebbe risultare efficiente nell'ottica di salvaguardare la salute collettiva, esposta a pericolo negli spostamenti di più persone da e verso gli istituti penitenziari, ma non apporterebbe alcun vantaggio significativo all'imputato, in termini di tutela del suo diritto alla salute. Anzi lo comprimerebbe [...], risultando “drammatica e concreta” la “probabilità che i detenuti siano esposti al pericolo di contagio da Covid-19 all'interno di strutture carcerarie”[...]. Chiara la differenza con la scelta di non opporsi al processo “da remoto” ex art. 23 d.l. n. 137/2020, effettuata in chiave difensiva della salute anche individuale. Il dilemma sarebbe d'altronde insolubile per il difensore, tenuto conto del pregiudizio apportato al suo diritto alla salute dall'opzione di chiedere di procedere, al fine di tutelare la libertà personale e la salute dell'imputato, oltre che la ragionevole durata del processo. È chiaro, pertanto, come il meccanismo

proposta dal Giudice di ultima istanza rispetto a tali questioni, è necessario ricostruire la giurisprudenza di cui si discute.

In tale prospettiva appare utile distinguere tra due fasi della stessa: una prima fase nella quale il Giudice di legittimità ha tentato (benché con scelte discutibili) di portare ordine e chiarezza in una normativa certamente difficile da applicare; e un secondo stadio in cui, invece, al manifestarsi delle questioni di ordine costituzionale maggiormente critiche, nonostante precedenti incoraggianti che avrebbero consentito una interpretazione orientata a Costituzione dell'art. 83 d.l. 17 marzo 2020 n. 18, la Corte di cassazione ha optato per una apparente standardizzazione delle sue argomentazioni, dietro la quale è però possibile intravedere quella chiusura autoreferenziale che rappresenterà anche la cifra delle sue decisioni sulla legittimità costituzionale della disciplina in esame.

Per quanto concerne la prima fase di questa giurisprudenza, fin da Cass. pen., Sez. II, sent. 4 settembre 2020 n. 28936, il Giudice di legittimità, recependo una precedente elaborazione dottrinale<sup>62</sup>, ha distinto i procedimenti ricompresi nella complessa lettera b) del comma 3 dell'art. 83 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 in due tipologie: da una parte, i procedimenti «ad urgenza assoluta (da trattare in ogni caso)» e, dall'altra, i procedimenti «a urgenza relativa (da trattare cioè solo ad istanza di parte)».

Mentre nei primi casi, indicati tassativamente dal legislatore, i termini di durata della custodia cautelare avrebbero dovuto decorrere automaticamente secondo la regola generale del sistema costituzionale<sup>63</sup>, nei secondi gli stessi termini avrebbero dovuto essere, di regola, automaticamente sospesi e solo eccezionalmente avrebbero dovuto riprendere a decorrere dal momento in cui i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori avessero espressamente richiesto di procedere<sup>64</sup>.

Come risulta prevedibile già da questa distinzione, i principali problemi interpretativi sono sorti in relazione ai procedimenti a urgenza relativa. È, invero, in relazione ai punti critici della seconda parte della lettera b) del terzo comma dell'art. 83 che il Giudice di legittimità ha emesso le pronunce più significative in merito al bilanciamento sotteso alla disciplina dell'emergenza.

---

normativo entri in tensione con la libertà morale dell'avvocato [...], senza potersi giustificare con il bilanciamento operato dalla Corte costituzionale per salvare la disciplina della sospensione del corso della prescrizione. Non è riproponibile per la libertà personale l'ipotesi di una cedevolezza rispetto al diritto alla salute, che appare invece percorribile per la ragionevole durata del processo. Lo stesso ruolo servente della ragionevole durata, rispetto alla libertà personale, preclude d'immaginare nella vicenda dell'imputato detenuto, il sacrificio di una garanzia difensiva, per conseguire la tutela di un superiore diritto individuale».

<sup>62</sup> Si vedano: S. BELTRANI, *I procedimenti penali e i dd.ll. dell'emergenza COVID-19*, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu), 6 aprile 2020; F. LEONARDO, *La sospensione dei termini di custodia cautelare nella normativa emergenziale da covid-19*, *ivi*, 22 aprile 2020; G. CASTIGLIA, *Udienze e termini processuali penali in regime di pandemia di covid-19*, in *Sistema penale*, 2020.

<sup>63</sup> Si rinvia a Corte costituzionale, sentenza n. 298 del 1994, in cui è stato riconosciuto che, mentre il normale decorso dei termini di custodia cautelare costituisce la «regola generale» del sistema costituzionale, la sospensione degli stessi deve invece essere considerata «norma di carattere eccezionale».

<sup>64</sup> Questa distinzione è stata ripresa espressamente in: Cass. pen., Sez. II, sent. 23 ottobre 2020, n. 35467, Cass. pen., Sez. II, sent. 28 gennaio 2021, n. 8642, Cass. pen., Sez. II, sent. 23 marzo 2021, n. 11165.



Il primo punto critico, implicito rispetto al testo della disposizione in esame, si è manifestato in rapporto alla natura “assoluta” della sospensione *ex lege* del decorso dei termini di durata della custodia cautelare, che risultava pertanto slegata da qualsiasi provvedimento dell’ autorità giudiziaria nel singolo caso concreto. Dopo aver riproposto la suddetta interpretazione in diverse pronunce<sup>65</sup>, la Corte di cassazione ha infine esplicitato la propria posizione in materia in Cass. pen., Sez. III, sent. 19 febbraio 2021, n. 11217, in cui ha affermato che «la sospensione dei termini di custodia cautelare *ex art. 303 cod. proc. pen.* è prefigurata come indefettibile conseguenza della sospensione del decorso dei termini per il compimento di tutti gli atti dei procedimenti giudiziari penali disposta dall’ art. 83, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, senza che sia previsto [...] alcun provvedimento del giudice».

Il secondo punto critico, questa volta esplicito nel testo della disposizione, è invece emerso come problematico in relazione alla questione della esatta definizione di quella richiesta che i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori avevano l’obbligo di formulare «espressamente» affinché si procedesse, che è stata oggetto dell’attenzione del Giudice di legittimità fin dalla sua prima pronuncia in materia<sup>66</sup>. In particolare, se in Cass. pen. Sez. I, sent. 8 settembre 2020, n. 6930, questa richiesta è stata definita come una «manifestazione di volontà esplicita, chiara e univoca di trattazione del procedimento» che integra una «scelta insindacabile della persona» da cui dipendeva il suo «diritto a veder trattato il giudizio, considerato che lo stesso interessato potrebbe avere interesse a conservare il distanziamento sociale»<sup>67</sup>, in un secondo momento il Giudice di ultima istanza ne ha precisato il significato in due modi diversi: da una parte, specificando che «l’ indagato e il suo difensore possono evitare la sospensione processuale dei termini per singoli incombenti»<sup>68</sup>; dall’altra, ergendo questo onere a condizione di legittimità costituzionale della disciplina dell’emergenza nella parte relativa ai procedimenti ad urgenza relativa.

Quest’ultimo significato è emerso chiaramente in Cass. pen., Sez. II, sent. 23 marzo 2021, n. 11165 in cui è stato affermato in modo inequivocabile che «la facoltà di rendere inoperante la sospensione (o il suo protrarsi), esercitabile dall’imputato attraverso la sua insindacabile richiesta di trattare il procedimento, consente di escludere la fondatezza dei rilievi prospettati in ordine alle scelte discrezionali operate dal legislatore dell’emergenza, quanto ai procedimenti “ad urgenza relativa”». Se tale

---

<sup>65</sup> Si vedano, *ex multis*: Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 luglio 2020, n. 25015, Cass. pen., Sez. II, sent. 4 settembre 2020, n. 28936, Cass. pen., Sez. II, sent. 22 settembre 2020, n. 28341.

<sup>66</sup> Cass. pen., Sez. III, sentenza 1 luglio 2020, n. 23489.

<sup>67</sup> In senso analogo si rimanda a Cass. pen., Sez. VI, sentenza 16 dicembre 2020, n. 2239.

<sup>68</sup> Si veda Cass. pen., Sez. III, sent. 28 gennaio 2021, n. 17394. In senso analogo si rinvia alla già citata sentenza 22 luglio 2020, n. 25015 della Cassazione, nella parte in cui ha affermato il principio di diritto secondo il quale «la mera presentazione della richiesta di riesame durante il periodo coperto dalla sospensione *ex lege* dei termini processuali non costituisce implicita rinuncia alla sospensione dei termini processuali disposta dallo stesso decreto-legge». Sembra importante sottolineare come questa scelta implichi, innanzitutto, una moltiplicazione degli oneri delle persone titolari della facoltà di presentare richiesta, ma soprattutto una corrispondente frammentazione-parcellizzazione della tutela della libertà personale che appare in contrasto con la visione di quest’ultima come «valore unitario e indivisibile» che è stata fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale (si rinvia a Corte costituzionale, sentenza n. 180 del 2018, punto 19 del *Considerato in diritto*). Si rimanda alla parte del testo relativa all’interpretazione costituzionale per un’analisi più dettagliata.

posizione era già stata assunta nella già citata sentenza 4 settembre 2020 n. 28936<sup>69</sup>, l'importanza della scelta della persona ristretta all'interno del sistema ricostruito dalla giurisprudenza di legittimità è emersa in modo definitivo attraverso la sua qualificazione come «punto di equilibrio» del bilanciamento operato dal legislatore tra le diverse esigenze in possibile contrasto nell'ambito della disciplina dell'emergenza; esigenze che sarebbero state rappresentate, da un lato, dalla necessità di «garantire il diritto alla celebrazione di procedimenti nei confronti di persone la cui posizione soggettiva è già pesantemente segnata dalla pendenza del procedimento» stesso e, dall'altro, da «quella di assicurare il c.d. distanziamento sociale»<sup>70</sup>.

Come anticipato, il quadro risultante da queste prime pronunce di legittimità è quello di una giurisprudenza della Corte di cassazione che ha cercato di portare ordine nell'interpretazione della disciplina dell'emergenza in esame riuscendovi però soltanto in modo parziale. Essa, infatti, se da una parte ha definito delle prime coordinate ermeneutiche sulla base dei casi concreti progressivamente trattati, dall'altra ha rinunciato di fatto ad una impostazione sistematica ispirata da una lettura alta e organica dei principi costituzionali coinvolti dalla medesima normativa.

Se i limiti di un simile approccio si sarebbero poi rivelati inesorabilmente in termini di contraddittorietà del diritto vivente al manifestarsi dei primi casi più eterogenei (inevitabili data la portata onnicomprensiva dell'art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18), è possibile osservare come essi non sono stati altro che il riflesso di alcune criticità di ordine costituzionale già esistenti in nuce nella disciplina dell'emergenza che sono state poi legittimate dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Fin dalle prime sentenze analizzate, infatti, tali limiti si sono manifestati in relazione: 1) al bilanciamento definito dal Giudice di legittimità; 2) al disconoscimento della posizione peculiare della libertà personale quale principio supremo dell'ordinamento repubblicano (con il conseguente rovesciamento dell'ordine stabilito dalla Costituzione); 3) all'irragionevolezza della sospensione automatica dei termini di durata della custodia cautelare a prescindere da una ricognizione della effettiva sospensione delle attività del relativo procedimento da parte di un giudice.

Chiarito ciò, questa prima fase della giurisprudenza di legittimità sembrava aver trovato un possibile punto di svolta nella motivazione di una decisione in materia di prescrizione, Cass. pen., SS. UU., sent. 10 febbraio 2021, n. 5292, Sanna, nonché in alcune sentenze che avevano provato ad estendere parte delle sue ragionevoli argomentazioni alla materia della libertà personale: Cass. pen., Sez. IV, sent. 24 marzo

---

<sup>69</sup> Su tale decisione si ritornerà più avanti in quanto essa ha trattato questo tema in modo più specifico nella parte della sua motivazione attraverso cui ha respinto il dubbio di legittimità costituzionale che era stata chiamata a valutare.

<sup>70</sup> Questa posizione, proposta in Cass. pen., Sez. I, sent. 8 settembre 2020 n. 6930, è stata confermata con termini parzialmente diversi da Cass. pen., Sez. II, sent. 23 marzo 2021, n. 11165 in cui si afferma che «l'interesse dell'imputato o indagato ad una celere definizione del suo procedimento [è] recessivo rispetto alle criticità connesse all'epidemia in corso, ma solo in assenza di una manifestazione di volontà di procedere».

2021, n. 12161<sup>71</sup>, S. Barbaro e Cass. pen., Sez. IV, sent. 15 aprile 2021, n. 17787, A. Barbaro<sup>72</sup>.

Nello specifico, muovendo dal principio affermato dal supremo collegio in forza del quale il «secondo comma dell'art. 83 sospende, senza distinzione, "tutti i termini procedurali", purché gli stessi decorrano nell'intervallo temporale considerato da tale disposizione», queste sentenze hanno affermato che «la disciplina in esame non prevede un'automatica sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, applicabile indiscriminatamente a tutti i procedimenti nel periodo in riferimento (9 marzo - 11 maggio 2020)»<sup>73</sup> e che, di conseguenza «la sospensione di tali termini [...]

---

<sup>71</sup> La vicenda processuale su cui si sono basate queste due pronunce è la medesima. Essa è descritta nel *Ritenuto in fatto* della prima decisione nel modo che segue (si ritiene necessario riportare per esteso tale prima parte della sentenza in modo che sia inequivocabile la base fattuale della stessa): «1. Il Tribunale di Milano, in funzione di giudice dell'appello cautelare, [...] ha confermato l'ordinanza con cui la Corte d'appello di Milano il 18-21 dicembre 2020 ha rigettato la richiesta di revoca della custodia cautelare in carcere avanzata nell'interesse di B.S. 2. B.S. [...] è stato condannato in primo grado il 5 giugno 2019 [...]. 3. Avanzata istanza di scarcerazione sul presupposto dell'avvenuta decorrenza dei termini massimi di custodia cautelare in data 3 settembre 2020 (un anno a far data dal dispositivo di primo grado, cioè 5 giugno 2020 + 90 giorni per la redazione della sentenza ex art. 304 c.p.p., comma 1, lett. c), essa è stata rigettata dal giudice che procede. 4. Il Tribunale per il riesame ha confermato l'impostazione della Corte di appello [...] avendo ritenuto che tale termine avesse subito non soltanto la sospensione di 90 giorni per la redazione della sentenza, di cui si è detto, ma anche quella di 64 giorni (dal 9 marzo all'11 maggio 2020) ai sensi del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, art. 83, commi 2 e 4 [...]. In particolare, è stato affermato che la sentenza di appello del 26 ottobre 2020, confermativa della condanna di primo grado, è stata emessa prima della decorrenza del termine di fase, con conseguente persistente efficacia della misura custodiale. 5. L'imputato ricorre [...] per la cassazione dell'ordinanza del Tribunale per il riesame di Milano [...]. Ricostruito puntualmente l'iter dell'antefatto [...], si sottolinea che il procedimento in questione non ha subito alcuna stasi a causa dell'emergenza sanitaria e che, quindi, non trova applicazione la sospensione dei termini di custodia cautelare. [...] Si evidenzia che la sospensione dei termini di custodia cautelare non può e non deve applicarsi in maniera automatica ed indiscriminata. Si rammenta: che nel procedimento in oggetto nessuna udienza ha subito un rinvio nel periodo di sospensione dal 9 marzo all'11 maggio 2020; che la sentenza di primo grado è stata emessa il 5 giugno 2019 e depositata il 23 ottobre 2019; che l'appello è stato presentato il 21 dicembre 2019; e che l'udienza è stata fissata il 22 settembre 2020. Non avendo la sospensione prevista nel periodo di epidemia inciso in nessun modo nel procedimento a carico dell'imputato, i termini sono conseguentemente spirati - si afferma - il 3 settembre 2020, calcolando la sospensione di 90 giorni per il deposito della sentenza di primo grado».

<sup>72</sup> In queste decisioni è stato affermato il seguente principio di diritto -massima ufficiale - : «La sospensione del decorso dei termini processuali, introdotta per il contenimento della pandemia da Covid-19 dall'art. 83, comma 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv., con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, si applica ai soli procedimenti, in corso nel periodo di riferimento, in cui siano stati effettivamente operanti termini procedurali per il compimento di specifici atti». Entrambe si sono concluse con l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

<sup>73</sup> Va sottolineata la netta differenza sostanziale tra la sentenza in esame e la n. 11165 sempre del marzo 2021 in cui invece si parlava espressamente dell'«automatismo che caratterizza la disposizione dell'art. 83» (punto 4.7 del *considerato in diritto*). In senso analogo si segnala Cass. pen., Sez. IV, sent. 27 aprile 2021, n. 20428, una pronuncia particolarmente significativa perché successiva alle decisioni Barbaro. Qui si sostiene che «Diversamente da quanto previsto dall'abrogato d.l. 11/2020 sospensione della prescrizione e sospensione dei termini delle misure cautelari operavano, dunque, automaticamente, senza necessità che sia adottato un provvedimento a cui agganciare le due disposizioni». La decisione più chiara in questo senso è però Cass. pen., Sez. III, sent. 19 febbraio 2021, n. 11217, come emerge dal seguente passaggio: «Ora, dall'esame del testo delle indicate disposizioni, è agevole rilevare, per quanto di specifico interesse in questa sede, che: a) la sospensione del decorso dei termini per il compimento di tutti gli atti dei procedimenti giudiziari penali, con la sola esclusione di quelli di cui all'art. 83, comma 3, d.l. n. 18 del 2020, è prevista come vicenda operativa in via automatica, senza che sia contemplato alcun provvedimento del giudice (e quindi una preventiva richiesta del pubblico ministero)». Essa, infatti, non

può operare solo se vi sia una contestuale sospensione di termini procedurali finalizzati al compimento di atti processuali» in quanto «solo [...] in presenza di una effettiva sospensione di termini procedurali in corso [rispetto alla quale è prevista una «necessaria verifica, per ciascun procedimento»], si determina anche la sospensione dei termini massimi di durata della custodia cautelare in atto nei confronti dell'imputato».

Con queste prese di posizione in netta controtendenza rispetto alla giurisprudenza precedente era legittimo prevedere che la Corte di cassazione avrebbe mutato il proprio orientamento a favore di una interpretazione orientata a Costituzione e, in particolare, a quel principio di ragionevolezza che esclude automatismi legislativi e impone di garantire il controllo da parte del giudice nel caso concreto affinché nessun diritto venga totalmente sacrificato in modo ingiustificato. Per questo, pur conservando altri importanti limiti, sembrava che le sentenze esaminate fossero davvero capaci di evitare che l'onere formale della richiesta di procedere potesse determinare ipotesi di manifesta ingiustizia in virtù del potere riconosciuto ai giudici del merito cautelare e alla stessa Corte di cassazione di valutare in concreto, caso per caso, quella effettiva sospensione del procedimento in corso che, anche sulla base del dato letterale della disciplina dell'emergenza, non poteva che rappresentare la condizione imprescindibile di quella sospensione dei termini di durata della custodia cautelare in sé ingiustificabile in astratto se slegata da eventi eccezionali legati al singolo procedimento.

La giurisprudenza successiva alle sentenze Barbaro, con le quali si è aperta anche la seconda fase delle pronunce della Corte di cassazione in materia di art. 83 d.l. n. 18/2020, è stata invece fortemente oscillante. Infatti, se da una parte è possibile individuare decisioni che hanno tentato di applicare (benché ancora nel modo più restrittivo possibile) i principi di diritto orientati a Costituzione contenuti in questi precedenti<sup>74</sup>, dall'altra devono essere segnalate pronunce che invece hanno continuato a

---

si limita a dichiarare quanto riportato, ma difende tale impostazione evidenziando che «La sospensione dei termini di custodia cautelare in via automatica, indipendentemente da un provvedimento del giudice (e della precedente richiesta del pubblico ministero), poi, non risulta essere evenienza inedita o eccentrica nel sistema del processo penale».

<sup>74</sup> In tal senso si rinvia, innanzitutto, a Cass. pen., Sez. I, sent. 7 maggio 2021, n. 21903 che, nell'annullare l'ordinanza cautelare impugnata dal ricorrente, si esprime con chiarezza inequivocabile: «Il rinvio d'ufficio delle udienze e la sospensione dei termini processuali costituiscono strumenti adottati allo scopo di provocare una stasi generalizzata dell'attività giurisdizionale, funzionale al contenimento dell'emergenza pandemica da Covid-19 e a impedire la diffusione del contagio all'interno degli uffici giudiziari italiani [...]. Risulta, pertanto, priva di rilievo la circostanza che il legislatore italiano non abbia esplicitamente disposto, come aveva fatto in passato per analoghe situazioni emergenziali, la sospensione dei procedimenti e dei processi penali, atteso l'incontroso effetto sospensivo perseguito attraverso gli strumenti dispiegati con l'introduzione della norma dell'art. 83, comma 2, decreto-legge n. 18 del 2020. D'altra parte, come le Sezioni Unite avevano già avuto modo di chiarire in un risalente e insuperato intervento chiarificatore, non è possibile, tenuto conto della terminologia utilizzata nel sistema processuale vigente, prevedere "una chiara distinzione tra sospensione e rinvio [...]", posto che, analogamente a quanto previsto dal codice del 1930, anche "il codice del 1988 adopera un linguaggio non connotativo, bensì meramente denotativo, per riferirsi ai diversi casi di stasi temporanea del procedimento, che vanno poi distinti dall'interprete in relazione ai rispettivi specifici presupposti [...]" (Sez. U, n. 1021 del 28/11/2001, dep. 2002, Cremonese, Rv. 220509-01). [...] Ne consegue che, come da ultimo evidenziato dalle Sezioni Unite, solo in presenza di determinate condizioni processuali, che devono essere concretamente verificate, l'adozione "delle disposizioni di natura esclusivamente processuale [...] stabilizzate nei commi 1, 2 e 7 dell'art. 83 del d.l. n. 18 determina l'operatività della causa generale di sospensione della prescrizione prevista dal primo comma dell'art. 159 cod. pen." (Sez.

esprimere interpretazioni della normativa emergenziale elusive, se non apertamente contrarie, al principio di ragionevolezza (minimo) ivi affermato<sup>75</sup>.

---

U, n. 5292 del 26/11/2020, dep. 2021, Sanna, Rv. 280432-02). [...] La pronuncia impugnata, pertanto, contrasta con i principi affermati dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 5292 del 26/11/2020, dep. 2021, Sanna, cit.), che postulano un'analitica ricognizione della sequenza procedimentale culminata nel provvedimento impugnato, necessaria per verificare l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 83, comma 2, decreto-legge n. 18 del 2020, che, nella fase delle indagini preliminari, deve ritenersi limitata alle ipotesi in cui, nel periodo compreso tra il 09/03/2020 e l'11/05/2020, era stata fissata un'udienza, era prevista la scadenza di un termine processuale o era stato disposto il compimento di un atto d'indagine; condizioni, queste, su cui si impone un nuovo giudizio da parte del Tribunale del riesame dell'Aquila». Si veda, inoltre, Cass. pen., Sez. IV, sent. 18 giugno 2021, n. 35892 nella parte in cui, nell'evidenziare come la sospensione «non necessiti di un provvedimento *ad hoc* da parte del giudice procedente, trattandosi di un effetto *ex lege* imposto dalla disciplina emergenziale», richiama espressamente la sentenza Barbaro affermando che, in «base ad orientamento della giurisprudenza di legittimità ormai consolidato, la norma citata non determina l'automatica sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare in tutti i procedimenti pendenti, essendo necessario che, nel periodo di riferimento, siano operanti termini procedurali per il compimento di determinati atti». Benché in modo più generico, fanno ancora riferimento alle sentenze Barbaro e/o alle Sezioni Unite Sanna: Cass. pen., Sez. II, sent. 14 ottobre 2021, n. 47116, Cass. pen., Sez. I, sent. 23 giugno 2021, n. 4988, Cass. pen., Sez. III, sent. 15 dicembre 2021, n. 10753 e, infine, Cass. pen., Sez. II, sent. 23 febbraio 2022, n. 14322.

<sup>75</sup> In tal senso si rimanda, ad esempio, a Cass. pen., Sez. IV, sent. 27 aprile 2021, n. 20428 nella parte in cui, pur riconoscendo la fondatezza dei dubbi manifestati dal ricorrente in ordine alla mancata estensione al comma 4 dell'art. 83 della proroga della sospensione dei termini procedurali *ex art.* 36 d.l. 23/2020 («l'assenza di uno specifico riferimento [al termine] previsto dal comma 4 dello stesso articolo 83 [...] può dare adito alla tesi sostenuta in ricorso, che vuole che [...] i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale siano rimasti estranei al prolungamento del regime emergenziale della sospensione fino all'11 maggio 2020»), opta apoditticamente per la soluzione «in senso contrario» in quanto «si può sostenere che la proroga del termine previsto da quest'ultimo, norma richiamata, si traduca, dinamicamente, nella proroga del termine previsto dal comma 4». Se non è dato sapere cosa si intenda giuridicamente per «si traduca dinamicamente», il significato sostanziale di questo inciso si manifesta macroscopicamente nel passaggio successivo in cui si sostiene che «Porta a tale conclusione un'interpretazione sistematica della norma e la stessa *ratio legis* che era quella di allungare lo stop giudiziario in atto, in ragione della straordinaria emergenza epidemiologica che affliggeva il Paese». Argomentando in questo modo, infatti, si dichiara *de facto* la capacità della ragione emergenziale di derogare a tutte le ragioni costituzionali. Ancora più significativa è probabilmente Cass. pen., Sez. VI, sent. 7 ottobre 2021, n. 38465 in quanto si pone in aperto contrasto con le sentenze Barbaro. Essa, infatti, afferma esplicitamente: «affatto condivisibile può ritenersi l'assunto, dal ricorrente formulato sulla base del richiamo ad un precedente di questa Suprema Corte (Sez. 4, n. 12161 del 24/03/2021, Barbaro, Rv. 280780), secondo cui la sospensione del decorso dei termini processuali si applica ai soli procedimenti, in corso nel periodo di riferimento, in cui siano effettivamente operanti termini procedurali per il compimento di specifici atti. Secondo tale impostazione ermeneutica, la disciplina in esame non prevede un'automatica sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, applicabile indiscriminatamente a tutti i procedimenti nel periodo in riferimento (9 marzo - 11 maggio 2020), poiché la sospensione di tali termini può operare solo se vi sia una contestuale sospensione di termini procedurali finalizzati al compimento di atti processuali, ai sensi del secondo comma dell'art. 83 cit. Ora, [...] non v'è dubbio che quella configurata dal legislatore sin dal d.l. n. 9 del 2 marzo 2020 «sia una vera e propria sospensione dei procedimenti e dei processi, atteso che il rinvio d'ufficio delle udienze e la sospensione di tutti i termini sono misure che sono state adottate proprio al dichiarato fine di provocare una generalizzata stasi dell'attività giudiziaria - salve le eccezioni espressamente previste - funzionale al contenimento dell'emergenza pandemica» (v., in motivazione, Sez. U, n. 5292 del 26/11/2020, dep. 2021, Sanna, Rv. 280432). Il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 83 cit. contempla l'integrale sospensione dell'attività giurisdizionale nel periodo emergenziale, prevedendo non solo il rinvio delle udienze (comma 1), ma anche la sospensione dei termini processuali di qualsiasi natura (comma 2): la sospensione dei termini stabiliti dall'art. 83, comma 2, nell'arco temporale ivi indicato riguarda, infatti, la generalità dei termini per compimento di qualsiasi atto, sicché sono sospesi «i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali». Il carattere generale ed obbligatorio del meccanismo sospensivo,

In particolare, se da un lato è possibile rilevare decisioni come Cass. pen., Sez. V, sent. 21 ottobre 2021, n. 717 in cui è stato riconosciuto in modo inequivocabile che «L’art. 83 cit. ha creato, quindi, uno stretto collegamento tra sospensione del processo e sospensione dei termini di custodia cautelare, nel senso che, laddove è sospeso il processo, sono sospesi anche i termini di custodia cautelare» e «laddove, invece, il processo deve seguire il suo corso, nonostante il COVID, non vi è sospensione nemmeno della custodia cautelare»<sup>76</sup>, dall’altro devono essere richiamate anche decisioni, come Cass. pen., Sez. VI, sent. 7 ottobre 2021, n. 38465, in cui il Giudice di legittimità ha invece scritto che «la sola deroga alla generale operatività del meccanismo sospensivo è quella dal legislatore subordinata, nell’ambito dei procedimenti tassativamente indicati nei numeri 1), 2) e 3) della lett. b) del terzo comma dell’art. 83, al ricorrere di una condizione legata, come si è visto, ad un’espressa manifestazione di volontà da parte dell’interessato [...], senza che alcun rilievo possa attribuirsi, in forza del dato testuale e alla luce di una complessiva lettura del combinato disposto di cui ai commi 2, 3 e 4 dell’art. 83 cit., ad una non contemplata “attività di verifica, per ciascuno procedimento, della effettiva decorrenza di termini procedurali (per il compimento di atti di carattere processuale) destinati ad essere sospesi in virtù di quanto previsto dal secondo comma dell’art. 83”, cui ricollegare, in tesi, anche la sospensione dei termini massimi di durata della custodia cautelare in atto»<sup>77</sup>.

È alla luce di questa contraddittoria applicazione della disciplina dell’emergenza che è ora possibile entrare nel merito del modo in cui la Corte di cassazione ha gestito i non pochi dubbi di legittimità costituzionale che sono emersi in relazione all’art. 83 d.l. n. 18/2020.

#### ***4. L’interpretazione costituzionale della disciplina dell’emergenza espressa dalla Corte di cassazione attraverso le sue decisioni ex art. 24 l. n. 87/1953***

---

accompagnato, nella prospettiva seguita dal legislatore, non solo dal rinvio di ufficio delle udienze a data successiva al 15 aprile 2020 e dalla sospensione dei “termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali” dal 9 marzo al 15 aprile 2020, senza possibilità di intervento da parte dei capi degli uffici giudiziari (art. 83, commi 1 e 2), ma anche dalle connesse, contestuali, sospensioni dei termini di prescrizione e dei termini di durata massima delle misure cautelari personali, secondo quanto previsto dalla disposizione di cui all’art. 83, comma 4, non consente di ritenere che solo “in presenza di una effettiva sospensione di termini procedurali in corso, si determina anche la sospensione dei termini massimi di durata della custodia cautelare in atto nei confronti dell’imputato” (v., in motivazione Sez. 4, n. 12161 del 24/03/2021, Barbaro A., cit., [...]). Si ritornerà su questa pronuncia e su un suo passaggio ancora più emblematico più avanti nel testo.

<sup>76</sup> Questa decisione rappresenta il massimo esempio di chiarezza espositiva in merito a quel principio di ragionevolezza alla luce del quale sarebbe stato necessario applicare in concreto la disciplina emergenziale. Tuttavia, è bene sottolinearlo, essendo riferita principalmente alla fase processuale, anche questa dichiarazione di principio rimane ambigua e difficilmente utilizzabile rispetto al discorso relativo all’operatività della sospensione in fase di indagini preliminari.

<sup>77</sup> A questa pronuncia deve riconoscersi il pregio della chiarezza e dell’efficacia nel rilevare i limiti e le criticità, da una parte, dell’interpretazione conforme a Costituzione proposta nel caso specifico delle sentenze Barbaro, e, dall’altra, in generale del meccanismo dell’interpretazione conforme a Costituzione in sé, che, pur indicando una via percorribile da parte dei giudici comuni, lascia sopravvivere interpretazioni che integrano forti di dubbi di legittimità costituzionale, capaci di ledere in modo irreparabile i diritti delle persone e la certezza del diritto.

Se è vero, come è stato recentemente affermato, che gli studi relativi alla giustizia costituzionale italiana non hanno mai analizzato in modo sistematico cosa accade nei procedimenti *a quibus*, la presente indagine impone la scelta di un metodo per analizzare le decisioni attraverso le quali la Corte di cassazione ha respinto i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalle parti ricorrenti.

Data la formulazione dell’art. 24 l. n. 87/1953, il criterio fondamentale per esaminare tali decisioni di non rinvio non potrà che essere rappresentato dall’adeguatezza della motivazione. Ciò implicherà la necessità di prestare specifica attenzione alla valutazione dei requisiti di rilevanza<sup>78</sup> e non manifesta infondatezza<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Come è noto, ai sensi dell’art. 23 l. n. 87/1953 la rilevanza del dubbio di legittimità costituzionale si configura qualora «il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale». Per comprendere il significato esatto di questa locuzione la dottrina ha formulato due teorie: quella della «mera applicabilità» della disposizione impugnata nel giudizio *a quo* e quella della «necessaria influenza» dell’eventuale pronuncia di accoglimento della Corte sulla decisione del giudizio principale («anche se non necessariamente sul risultato finale, essendo sufficiente l’esistenza di un’influenza sul modo di decidere il processo»). Oggi, «tra le due diverse impostazioni – specchio di una diversa configurazione, in senso di maggiore autonomia-astrettezza o dipendenza-concretezza, dei rapporti tra il giudizio *a quo* e le vicende e gli interessi in esso presenti ed il giudizio costituzionale – quello della “necessaria influenza” o “stretta pregiudizialità” può ritenersi attualmente prevalente ed è quella accolta pure dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte ha infatti in varie occasioni fatto espresso riferimento alla necessaria influenza che il giudizio costituzionale deve esercitare sul processo principale o che la corretta instaurazione del giudizio costituzionale postula l’esistenza di un “effettivo e concreto rapporto di strumentalità” fra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la definizione del giudizio, anche se il Giudice costituzionale ha pure tenuto a sottolineare che in ogni caso la nozione di rilevanza prescinde dagli ipotetici effetti di cui potrebbero concretamente beneficiare o meno le parti in causa del giudizio *a quo* (117/96, 98/97, 105, 297/2001)». Per questa ricostruzione si veda E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 105. Per un’altra impostazione si rinvia a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 111 ss., secondo i quali, invece, «la tendenza più recente è di ritenere sufficiente [...] che la norma impugnata sia applicabile nel giudizio *a quo*, senza che rilevino gli effetti, quali ch’essi siano, dell’eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale (sent. nn. 46 e 5 del 2014; 294 del 2011). Basta che la pronuncia di accoglimento possa influire “sull’esercizio della funzione giurisdizionale quantomeno sotto il profilo del percorso argomentativo che sostiene la decisione del processo principale” (sent. nn. 20 del 2016; 28 del 2010)».

<sup>79</sup> Per quanto concerne la non manifesta infondatezza del dubbio di costituzionalità, invece, il relativo «giudizio [...] ha lo scopo di impedire che giungano alla Corte questioni assolutamente prive di un qualsiasi fondamento e richiede pertanto che il giudice possa nutrire almeno un serio dubbio circa la conformità della disposizione impugnata alla Costituzione. Ciò non significa d’altra parte che l’autorità giudiziaria rimettente debba ritenersi convinta della incostituzionalità, essendo necessario, ma anche sufficiente, che essa consideri il dubbio “non chiaramente privo di fondamento”». Per tali considerazioni si rimanda ancora a E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 2021, 105. Per una ricostruzione anche storica di questo «filtro di merito» della questione si vede, invece, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 121 dove si rimarca che per integrare il requisito è «sufficiente che esistano ragioni di incertezza» (con rinvio a Corte costituzionale, sentenza n. 161 del 1977) tanto che «il giudice è tenuto a sollevare la questione anche se è convinto dell’infondatezza, ma tuttavia non è in grado di motivare il rigetto della questione stessa in modo pienamente convincente a norma dell’art. 24 della legge n. 87». Altro passaggio importante è quello in cui si rileva che, pur essendo quello in esame un «terreno estremamente opinabile», esiste «qualche “elemento oggettivo” su cui appoggiare questa valutazione» e che quest’ultimo può essere rappresentato dalla «presenza di “radicati dissensi dottrinali e giurisprudenziali” sulla legittimità costituzionale della legge» (che «deve accuratamente essere considerata nella valutazione della non manifesta infondatezza (sent. nn. 143 del 1982; 23 del 1978; 161 del 1977)») ma soprattutto «dalla stessa giurisprudenza costituzionale sulla medesima questione o su altre analoghe, le quali possono far pensare che, ribadendosi lo stesso criterio di giudizio, la questione nuova sarebbe accolta e la legge dichiarata incostituzionale». Infatti, si aggiunge, «quando è la stessa Corte costituzionale [...] che esprime un convincimento nel senso dell’incostituzionalità (come avviene tipicamente nelle sentenze interpretative),

effettuata da parte del giudice comune e all'utilizzo da parte sua dell'interpretazione conforme a Costituzione nonché, quindi, alla sensibilità costituzionale dimostrata dall'organo giudicante rispetto ai dubbi sollevati dalle parti processuali e, in particolare, rispetto a quella giurisprudenza della Corte costituzionale che costituisce la base ineludibile del suo giudizio in questo ambito<sup>80</sup>.

Chiarite le questioni metodologiche e prima di procedere all'analisi dell'interpretazione costituzionale nel merito, è necessario proporre una sintesi quantitativa, che risulta estremamente significativa quanto meno a livello simbolico. Infatti, a fronte delle ventotto decisioni raccolte e analizzate, in ben sette casi<sup>81</sup> sono stati sollevati e respinti dubbi di legittimità costituzionale relativi all'art. 83, comma 4, d.l. 17 marzo 2020 n. 18 qui esaminato: un numero pari al 25% del totale<sup>82</sup>. A settembre

---

non è lecita una valutazione contraria da parte del giudice comune, addirittura così chiara che l'infondatezza possa dirsi "manifesta". Per questa ragione, attraverso la propria motivazione e perfino con i propri *obiter dicta*, la Corte costituzionale è in grado di orientare l'esercizio del potere di iniziativa nel processo incidentale, quasi sollecitando la rimessione di nuove questioni davanti a sé stessa». Ciò dimostra, infine, che se «è vero [...] che tale valutazione è propria del giudice singolo di fronte al quale pende la causa [...] è altresì vero che questo giudice si fa portatore di un'esigenza istituzionale, oggettiva, che corrisponde a un interesse che in qualche misura lo trascende per assumere una dimensione generale». Per un contributo monografico recente con approfondimenti sia sul tema della rilevanza che su quello della non manifesta infondatezza dal punto di vista dei giudici *a quibus* si rinvia ancora a C. NARDOCCI, *op. cit.*, 117 ss..

<sup>80</sup> Analoghi criteri potrebbero essere utilizzati, *mutatis mutandis*, anche in relazione a quelle eccezioni di incostituzionalità alle quali la stessa giurisprudenza costituzionale non ha mai riconosciuto autonomo rilievo (nonostante esse rappresentino una diretta estrinsecazione di quel caposaldo dello Stato costituzionale che è il diritto alla tutela giurisdizionale *ex art. 24*, comma 1, Cost. attraverso cui le parti manifestano la propria sensibilità in merito ai propri diritti fondamentali) se non fosse che, come si vedrà a breve, esse non hanno conosciuto una sorte migliore nella giurisprudenza di legittimità in esame. Per questa ragione, non potendo conoscere con certezza quale sia stata la loro forma originale, esse non saranno oggetto di apposito approfondimento se non in relazione ad alcuni casi particolarmente chiari e significativi.

<sup>81</sup> Le decisioni sono le seguenti (in corsivo sono indicate le sentenze nelle quali sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale): 1) Cass. pen., Sez. III, sent. 1 luglio 2020, n. 23489; 2) Cass. pen., Sez. IV, sent. 17 luglio 2020, n. 24431; 3) Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 luglio 2020, n. 25015; 4) Cass. pen., Sez. V, sent. 22 luglio 2020, n. 25833; 5) *Cass. pen., Sez. II, sent. 4 settembre 2020, n. 28936*; 6) Cass. pen., Sez. I, sent. 8 settembre 2020 n. 6930; 7) Cass. pen., Sez. VI, sent. 17 settembre 2020, n. 27213; 8) Cass. pen., Sez. II, sent. 22 settembre 2020, n. 28341; 9) Cass. pen., Sez. V, sent. 9 ottobre 2020, n. 36016; 10) Cass. pen., Sez. II, sent. 23 ottobre 2020, n. 35467; 11) Cass. pen., Sez. VI, sent. 16 dicembre 2020, n. 2239; 12) Cass. pen., Sez. II, sent. 28 gennaio 2021, n. 8642; 13) *Cass. pen., Sez. III, sent. 28 gennaio 2021, n. 17394*; 14) *Cass. pen., Sez. III, sent. 19 febbraio 2021, n. 11217*; 15) *Cass. pen., Sez. II, sent. 23 marzo 2021, n. 11165*; 16) Cass. pen., Sez. IV, sent. 24 marzo 2021, n. 12161, S. Barbaro; 17) Cass. pen., Sez. IV, sent. 15 aprile 2021, n. 17787, A. Barbaro; 18) Cass. pen., Sez. IV, sent. 27 aprile 2021, n. 20428; 19) Cass. pen., Sez. I, sent. 7 maggio 2021, n. 21903; 20) *Cass. pen., Sez. IV, sent. 18 giugno 2021, n. 35892*; 21) Cass. pen., Sez. I, sent. 23 giugno 2021, n. 4988; 22) *Cass. pen., Sez. I, sent. 16 settembre 2021, n. 38372*; 23) *Cass. pen., Sez. I, sent. 16 settembre 2021, n. 38373*; 24) Cass. pen., Sez. VI, sent. 7 ottobre 2021, n. 38465; 25) Cass. pen., Sez. II, sent. 14 ottobre 2021, n. 47116; 26) Cass. pen., Sez. V, sent. 21 ottobre 2021, n. 717; 27) Cass. pen., Sez. III, sent. 15 dicembre 2021, n. 10753; 28) Cass. pen., Sez. II, sent. 23 febbraio 2022, n. 14322.

<sup>82</sup> In forza di quanto evidenziato negli ultimi capoversi appare opportuno esplicitare una scelta metodologica. Non essendo state rispettate forme specifiche né per sollevare dubbi di legittimità costituzionale né per decidere su di essi, si ritiene corretto specificare che il dato proposto nel testo è stato calcolato adottando un criterio sostanziale in forza del quale è stata considerata come contenente una ordinanza di rigetto ai sensi dell'art. 24 l. n. 87/1953 ogni decisione che ha respinto esplicitamente i dubbi di incostituzionalità eccepiti espressamente dal ricorrente nel singolo caso concreto, a prescindere dalla forma in cui questi ultimi erano stati manifestati e/o riportati.



2021, quando è stata scritta l'ultima motivazione contenente il rigetto di una eccezione di incostituzionalità, la percentuale era quindi di poco inferiore al 33% dei (ventitré) casi trattati.

A livello formale, tra queste ventotto pronunce non è stata registrata nessuna decisione autonoma, preliminare e separata tramite ordinanza in merito ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalle parti ricorrenti<sup>83</sup>. A livello sostanziale, invece, se si escludono tre casi di estemporanei e poco significativi riferimenti a pronunce della Corte<sup>84</sup>, l'unica decisione del Giudice costituzionale che è stata utilizzata a pieno dalla Corte di cassazione per ragionare sulla legittimità costituzionale della disciplina emergenziale in materia di libertà personale è stata la nota sentenza n. 15 del 1982.

Quest'ultimo dato in particolare sarebbe sufficiente per valutare negativamente l'adeguatezza delle motivazioni delle decisioni di non rinvio analizzate e, di conseguenza, la sensibilità manifestata dai giudici comuni in primo luogo in relazione ai dubbi sollevati dalle parti e in secondo luogo rispetto alla giurisprudenza costituzionale e ai numerosi principi di diritto da essa affermati in relazione all'art. 13 Cost., completamente assenti nelle pronunce in esame. Considerato però il carattere esplorativo di questa ricognizione, è necessario procedere a un'analisi caso per caso delle decisioni di legittimità raccolte in modo da garantire una comprensione più completa dell'operato del Giudice di ultima istanza.

Nella prima decisione in cui è stato sollevato un dubbio di legittimità costituzionale ad opera di una parte, Cass. pen., Sez. II, sent. 4 settembre 2020, n. 28936<sup>85</sup>, il ricorrente contestava la «omessa pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale sollevata con i motivi di appello» e proponeva «Questione di legittimità costituzionale dell'art. 83 comma 3 d.l. n. 18 del 2020, come interpretato dal G.i.p. e poi dal Tribunale, per contrasto con gli artt. 3 (essendo irragionevole la differenza di

---

<sup>83</sup> Si scrive in E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 2021, 104 che la decisione di non rinvio «dovrebbe essere contenuta in un provvedimento autonomo e separato rispetto alla sentenza con cui viene risolto il merito del giudizio principale».

<sup>84</sup> Le decisioni della Corte costituzionale sono state citate: 1) in Cass. pen., Sez. IV, sent. 17 luglio 2020, n. 24431 che ha rinviato ad alcune decisioni della Consulta per sostenere la tesi secondo cui il termine per la fissazione dell'udienza del riesame cautelare decorre dal giorno della presentazione della richiesta solo nel caso esplicitamente previsto dall'art. 309, comma 4, prima parte, c.p.p. «al quale va assimilata l'ipotesi della presentazione a norma dell'art. 123 da parte di imputato detenuto»; 2) in Cass. pen., Sez. II, sent. 23 marzo 2021, n. 11165, che ha fatto riferimento a Corte costituzionale, sentenza n. 278 del 2020, ma non in relazione alla legittimità costituzionale della norma in esame (l'art. 83 d.l. n. 18/2020), bensì in merito a una questione interpretativa legata alla sua efficacia retroattiva (merita di essere sottolineato che questo precedente del Giudice costituzionale, come si vedrà più avanti, aveva ben altre implicazioni rispetto alla questione della sospensione dei termini di durata della custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria); 3) in Cass. pen., Sez. III, sent. 19 febbraio 2021, n. 11217 che ha richiamato Corte costituzionale, sentenza n. 299 del 2005, in modo abbastanza paradossale (questo carattere del riferimento dipende dal fatto che il Giudice di legittimità avrebbe ben potuto sviluppare il dubbio relativo alla ragionevolezza del bilanciamento tra libertà personale ed esigenze cautelari connesse alla realizzazione della giustizia rispetto al quale rinviava alla decisione della Corte citata nel testo; la Corte di cassazione si è invece limitata a indicare formalmente questo precedente, con una operazione che aggiunge al danno causato dal mancato rinvio alla Corte costituzionale la beffa del non aver esercitato a pieno i propri poteri funzionali all'applicazione della Costituzione).

<sup>85</sup> In questo caso la sospensione dei termini di durata della custodia cautelare è stata presa in considerazione in relazione ai termini previsti per lo svolgimento di un interrogatorio di garanzia non tenutosi nel termine perentorio stabilito dalla legge.

disciplina rispetto ai procedimenti di convalida), 10 (per violazione del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e della CEDU, nella parte in cui richiedono la più tempestiva presa di contatto con il giudice della persona arrestata o detenuta, a prescindere dalla fase procedimentale in cui è avvenuta la provazione della libertà), 13 (costituendo l'interrogatorio di garanzia un diritto fondamentale della persona sottoposta alla custodia), 24 (per la privazione del più efficace strumento di difesa a disposizione della persona *in vinculis*) e 111 (per la disparità tra accusa e difesa conseguente al differimento dell'interrogatorio) della Costituzione».

È stata questa la sentenza che ha iniziato a definire il punto focale delle decisioni di non rinvio pronunciate dalla Corte di cassazione. Essa, infatti, ha rilevato la manifesta infondatezza della questione perché «la decisione di sottoporsi all'interrogatorio, anche nel periodo di sospensione generalizzata dell'attività giudiziaria (e dei relativi termini), è stata demandata dal legislatore alla valutazione della persona sottoposta a misura e del suo difensore: ed è una valutazione non soggetta a delibazione alcuna da parte dell'autorità procedente, senz'altro tenuta all'espletamento dell'atto nei termini di legge, che riprendono a decorrere per effetto della richiesta». Da questa ricostruzione del diritto positivo il Giudice di ultima istanza ha ricavato la conclusione che «l'assetto normativo ricavabile dalla normativa emergenziale - rimettendo la decisione di espletare l'interrogatorio, nonostante la generalizzata sospensione, alla insindacabile decisione della parte interessata - realizza un contemperamento del tutto ragionevole, che come tale si sottrae in radice ai dubbi di legittimità costituzionale prospettati, tra due esigenze concorrenti e potenzialmente in conflitto: da un lato, la necessità di assicurare comunque il pieno ed effettivo esercizio dei diritti di difesa della persona sottoposta a misura cautelare anche nei tempi rapidi di cui all'art. 294 cod. proc. pen., se ritenuto necessario dal soggetto sottoposto a misura; dall'altro, quella di contenere il più possibile la mobilità delle persone, per le note ragioni di tutela della salute pubblica che sono alla base di tutti gli interventi legislativi in precedenza richiamati».

Pertanto, da una parte la Corte di cassazione ha definito in modo autonomo i termini del bilanciamento realizzato dalla normativa emergenziale escludendo radicalmente il parametro della libertà personale esplicitamente invocato nell'eccezione e, dall'altra, ha individuato nella rimessione della richiesta di procedere al soggetto sottoposto al regime di carcerazione preventiva il punto di equilibrio capace di assicurare la ragionevolezza del contemperamento realizzato dalla stessa disciplina. Il tutto senza motivare le ragioni di tale conclusione attraverso un'argomentazione fondata sulla giurisprudenza costituzionale, nonostante l'istante avesse invocato «plurime decisioni della Consulta».

È stato però soltanto con le prime decisioni del 2021 che la Corte di cassazione ha definito in modo compiuto il proprio ragionamento per respingere qualunque eccezione di illegittimità costituzionale in materia. La prima occasione in tal senso si è presentata in Cass. pen., Sez. III, sent. 28 gennaio 2021, n. 17394 in cui il ricorrente, sia pur in modo generico, ha contestato l'inosservanza degli «artt. 3, 13, 15, 27 Cost.» sostenendo l'inapplicabilità della sospensione dei termini di durata della custodia cautelare nella fase delle indagini preliminari (in quanto gli indagati non potrebbero «sollecitare

l'adozione da parte del pubblico ministero delle iniziative concernenti l'esercizio dell'azione penale»<sup>86</sup>) «pena la violazione delle disposizioni costituzionali sopra invocate».

Gli argomenti in forza dei quali la Corte di cassazione ha ritenuto «manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale sollevati in ricorso» sono diversi.

In generale, il Collegio ha affermato che «non v'è alcuna ragione di escludere che detta facoltà [quella di evitare la sospensione dei termini] possa altresì estrinsecarsi nell'impedire la sospensione dell'intera attività processuale tipica delle indagini preliminari» in quanto, «in tal caso, la richiesta di procedere non incide indebitamente - e, dunque, non contrasta e non è incompatibile - con le prerogative sull'esercizio dell'azione penale riconosciute al pubblico ministero, e tantomeno, ovviamente, sulle relative modalità, alle decisioni di quest'organo esclusivamente rimesse», bensì «sui tempi, nel senso di escludere la sospensione dei termini di durata delle stesse - a partire da quelli previsti dagli artt. 405 ss. c.p.p. - ovvero dei termini che, nella medesima fase, sono comunque previsti per il compimento di determinati atti, da quelli sulle impugnazioni di provvedimenti eventualmente emessi, a quelli per l'esercizio di determinate prerogative parimenti regolate quanto al decorso del tempo».

La disciplina sarebbe quindi conforme a Costituzione perché l'indagato sottoposto a custodia cautelare, così come il suo difensore, sarebbe «libero di valutare se richiedere all'autorità giudiziaria procedente, che nella fase delle indagini preliminari è il pubblico ministero (art. 327 c.p.p.), di non sospendere le relative attività, così evitando, da un lato, il congelamento del corso della prescrizione e dei termini di durata massima della custodia cautelare, ma, d'altro lato, esponendosi alle ricadute che ciò potrebbe avere sul proprio coinvolgimento personale nelle attività processuali e sulla conseguente impossibilità di mantenere il distanziamento sociale».

Facendo invece specifico riferimento ai singoli parametri, la Corte di cassazione ha affermato che: per quanto concerne l'art. 3 Cost., «lasciando all'indagato in custodia cautelare ed al suo difensore la comparazione tra gli opposti interessi e, quindi, l'insindacabile scelta di paralizzare la sospensione dei termini processuali e di quelli massimi di custodia cautelare, agevolmente attuabile con semplice richiesta, la legge ha operato un bilanciamento non certo irragionevole tra protezione del diritto alla salute (sia quella pubblica, sia quella dell'indagato e del suo difensore), speditezza processuale e protrazione non indebita della detenzione cautelare» (con rinvio a Cass. pen., Sez. II, sent. 4 settembre 2020, n. 28936); per quanto riguarda l'art. 13 Cost., «è indiscutibile il rispetto della riserva di legge, trattandosi di disciplina posta da fonte primaria»; per quanto riguarda l'art. 27 Cost., «la disciplina non incide in alcun modo sulla presunzione di non colpevolezza e, come detto, la dilatazione dei termini massimi di custodia cautelare collegata alla sospensione delle attività processuali per ragioni di tutela della salute pubblica - peraltro ridotta a poco più di 60 giorni, nel periodo di più grave allerta provocato nel Paese dalla pandemia da Covid-19 - era comunque evitabile

---

<sup>86</sup> Il ricorrente sosteneva in particolare che le persone sottoposte ad indagini non avessero il «diritto di incidere sull'esercizio dell'azione penale da parte del p.m., né tantomeno sui tempi e modi di tale scelta».

con una contraria manifestazione di volontà da parte della persona sottoposta ad indagini o del suo difensore»<sup>87</sup>. A tali argomenti, attestanti «la complessiva ragionevolezza del sistema, e l'attenzione a limitare quanto più possibile le negative ricadute della forzata sospensione delle attività processuali sulla durata della custodia cautelare», si aggiungeva infine il mancato richiamo ai termini «contenuti nell'art. 304 c.p.p., [...] la cui decorrenza, pertanto, è insensibile rispetto alla sospensione determinata dalla disciplina dell'emergenza».

Se questa decisione ha il merito di aver affrontato le questioni relative a ciascun parametro invocato e di aver ampliato e reso più esplicito il discorso di ordine costituzionale proposto dal Giudice di nomofilachia, essa ha però rappresentato anche il momento iniziale in cui ha cominciato a manifestarsi il tratto più negativo della giurisprudenza in esame: la rinuncia a priori da parte dei giudici comuni a esercitare il proprio potere di coltivare il dubbio di incostituzionalità eccetto utilizzando a pieno i parametri invocati (per esempio attraverso la chiamata in causa della giurisprudenza costituzionale in materia), con la corrispondente chiusura sui precedenti di legittimità.

La decisione che però ha manifestato in modo più chiaro e concreto questo atteggiamento è indubbiamente Cass. pen., Sez. III, sent. 19 febbraio 2021, n. 11217<sup>88</sup> in cui il ricorrente contestava «l'illegittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, dl. n. 18 del 2020, per violazione dell'art. 13, secondo comma, Cost.» nella parte in cui, nello specifico, stabilisce «una limitazione della libertà personale in via automatica, senza l'intervento del giudice», in quanto, si osservava, «l'art. 13, secondo comma, Cost., richiede, ai fini della detenzione di una persona, anche un atto motivato dell'autorità giudiziaria». Tale eccezione veniva proposta evidenziando, da una parte, come «in tal modo sono disciplinate dall'art. 304 cod. proc. pen. le ipotesi di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare», nonché, dall'altra, come «l'unico modo per rendere applicabile la sospensione prevista dall'art. 83, comma 4, d.l. n. 18 del 2020, senza incorrere in una violazione dell'art. 13, secondo comma, Cost., è ritenere che la stessa operi su richiesta della parte interessata, il pubblico ministero, e [con] provvedimento del giudice».

Questo caso è particolarmente interessante per due ragioni.

---

<sup>87</sup> La Corte di cassazione si è pronunciata anche in merito al dubbio relativo all'art. 25 Cost., affermando che «il principio di legalità ivi previsto non viene in alcun modo in rilievo, sia perché, come si è visto, il caso è espressamente disciplinato; - e non vi è dunque interpretazione analogica *in malam partem* - sia perché, in modo assorbente, non si tratta di previsioni di carattere penale sostanziale, ma di norme processuali, da un lato non soggette al principio di stretta interpretazione, d'altro lato governate dal canone del *tempus regit actum*». Tale questione, proposta anche da autorevole dottrina già citata (si veda O. MAZZA, *op. cit.*), meriterebbe una riflessione a sé stante sul concetto di materia penale e sulla questione della legalità processuale penale che però allontanerebbe dalle tematiche oggetto dell'odierno approfondimento.

<sup>88</sup> Questa è la sentenza nella quale è stato affermato il principio poi ripreso nella giurisprudenza successiva per cui «La disposizione appena citata, se sicuramente richiede un atto motivato dell'autorità giudiziaria per l'applicazione di una misura limitativa della libertà personale, non implica, indefettibilmente, un preventivo provvedimento dell'autorità giudiziaria anche ai fini della sospensione dei termini di custodia cautelare. Invero, il testo dell'art. 13, secondo comma, Cost. sembra riferibile essenzialmente al momento genetico della misura limitativa della libertà personale, anche perché i profili concernenti la sua durata sono oggetto del successivo quinto comma, in forza del quale: "la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva"».

La prima è che il ricorrente ha posto un dubbio differente rispetto a quelli prospettati negli altri casi, un dubbio che chiama in causa: in primo luogo, un principio fondamentale per lo Stato costituzionale di diritto e per la stessa magistratura quale quello della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale; in secondo luogo, quella questione degli automatismi legislativi che tanto ha impegnato la giurisprudenza costituzionale negli ultimi anni; nonché, infine, (almeno implicitamente sulla base di quello che riporta la Corte di cassazione) la stessa legittimità del meccanismo della richiesta di procedere, rispetto alla quale si invocava un importante *tertium comparationis*, rappresentato dalla disciplina dell'art. 304 c.p.p., idoneo a rivelare la totale anomalia della normativa emergenziale.

La seconda ragione è che la Corte di cassazione, pur riprendendo questi passaggi e avendo il potere di svilupparli in modo costituzionalmente orientato, ha deciso, non soltanto di negare la fondatezza del dubbio, ma soprattutto di eludere gli argomenti proposti dal ricorrente che sarebbero stati più insidiosi rispetto alle posizioni assunte dalla propria pregressa giurisprudenza. Questo approccio emerge da almeno due snodi dell'argomentazione: innanzitutto dalla totale evasione dell'interpretazione costituzionalmente orientata proposta dal ricorrente che, ipotizzando una richiesta del p.m. al fine della sospensione del procedimento e quindi dei termini di durata della custodia cautelare, evidenziava le criticità della disciplina emergenziale nel punto in cui onerava la parte privata della richiesta di procedere; ma soprattutto esso emerge dal passaggio in cui, anziché analizzare i casi portati dal ricorrente per sostenere la anomalia ingiustificabile dell'art. 83, comma 4, d.l. n. 18/2020, la Corte di cassazione ha replicato indicando ipotesi in cui la sospensione automatica dei termini è già una realtà nel procedimento penale, cadendo però così in una evidente fallacia argomentativa. È infatti palese che, se anche la realtà fosse quella descritta dal Giudice di ultima istanza, il fatto che le ipotesi indicate determinino la sospensione automatica dei termini di durata della custodia cautelare non vale in sé ad escludere, in assenza della relativa giurisprudenza del Giudice delle leggi, la illegittimità costituzionale di una simile scelta del legislatore, ma potrebbe anche semplicemente aver reso note ulteriori zone dell'ordinamento in contrasto con il dettato costituzionale.

In questa prospettiva non stupisce (o almeno stupisce soltanto relativamente) che sia proprio questa la sentenza in cui, al fine di sostenere l'insussistenza della necessità di un provvedimento del giudice legittimante la sospensione del decorso dei termini *ex* art. 303 c.p.p., la Corte di cassazione ha richiamato uno dei precedenti più discussi della storia della giurisprudenza costituzionale italiana: quella sentenza n. 15 del 1982 sulla quale si pronunciarono a suo tempo illustri studiosi al fine di sventare il rischio che potesse essere interpretata come una decisione giustificante la deroga delle ragioni e delle garanzie della Costituzione in forza delle necessità dell'emergenza (così vanificando la stessa rigidità della Carta del 1948)<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> In tal senso si veda L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 241, nella parte in cui, ragionando sulla sentenza citata, osserva che la Costituzione non riconosce «emergenze straordinarie che abiliterebbero l'esecutivo a derogare dalle norme costituzionali, in contrapposto ai normali decreti-legge» cosicché, qualora questi ultimi sospendessero o derogassero la Carta del 1948 essi «sarebbero fonti *extra ordinem*» in quanto «a trovare applicazione non sarebbe alcuna previsione costituzionale, bensì la nuda

Ciò che invece lascia più perplessi è che, nella stessa decisione del Giudice di ultima istanza che ha negato in modo così netto l’accesso alla Corte ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal ricorrente, si sia potuto scrivere che «la soluzione indicata [quella di considerare conforme a Costituzione la disciplina in esame] non preclude al detenuto di ricorrere al giudice per chiedere un controllo della legittimità della perdurante applicazione della misura, né il sindacato della Corte costituzionale contro una eventuale arbitraria estensione legislativa della carcerazione preventiva in relazione al profilo di “ragionevolezza”, nell’ambito di un bilanciamento tra la libertà personale dell’imputato e le esigenze cautelari connesse alla realizzazione della giustizia [...], anche alla luce del “diritto [della persona sottoposta a restrizione della libertà personale] di essere giudicata in tempo congruo”, riconosciuto dall’art. 5 CEDU». È infatti evidente la contraddittorietà di una simile conclusione rispetto al potere del giudice comune di «integrare d’ufficio la questione» senza «ridurne la portata»<sup>90</sup> che avrebbe consentito alla Corte di cassazione di sollevare la questione in forza di questo distinto parametro.

Detto ciò, all’indomani dell’ultima decisione esaminata (così densa di indicazioni rispetto al tema qui affrontato), il Giudice di nomofilachia ha iniziato a standardizzare la propria interpretazione costituzionale dell’art. 83 d.l. n. 18/2020 riconoscendo sempre (e in modo sempre perentorio e apodittico) valore assorbente alla richiesta di procedere in quanto capace di realizzare «il contemperamento voluto dal legislatore tra esigenze di tutela della salute pubblica e salvaguardia del diritto alla libertà personale»<sup>91</sup>.

---

ragione politica». Cfr. anche con L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 15?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1982, 101 ss. e A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza? Nota a Corte cost., sent. n. 15/1982*, ivi, 108 ss., in cui l’Autore ha scritto che in questa decisione è stata di fatto riconosciuta «la possibilità, per il Governo, ove ne ricorrano i presupposti, di sospendere temporaneamente l’efficacia di alcune norme costituzionali».

<sup>90</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 127.

<sup>91</sup> Per quanto riguarda le decisioni che si sono pronunciate su dubbi di legittimità costituzionale, si rinvia anche a: Cass. pen., Sez. II, sent. 23 marzo 2021, n. 11165 nella parte in cui afferma, da un lato, che «quel che deve essere soprattutto posto in rilievo è che la disciplina dettata per i procedimenti “ad urgenza relativa” pone innegabilmente al centro della scena, tutelandola, la scelta dell’imputato o indagato sottoposto a misura, messo in grado di valutare liberamente se restare in attesa della cessazione dell’emergenza, ovvero se affrontare il procedimento con la richiesta di procedere (e quindi di essere interrogato nei termini di cui all’art. 294, presentare una richiesta di riesame da decidere secondo le stringenti scansioni temporali dettate dall’art. 309, ecc.)» e, dall’altro, che «la facoltà di rendere inoperante la sospensione (o il suo protrarsi), esercitabile dall’imputato attraverso la sua insindacabile richiesta di trattare il procedimento, consente di escludere la fondatezza dei rilievi prospettati in ordine alle scelte discrezionali operate dal legislatore dell’emergenza, quanto ai procedimenti “ad urgenza relativa”, rispetto ad altre fattispecie di sospensione dei termini, previste da codice di rito ed evocate in ricorso: fattispecie in cui la sospensione, pur essendo disposta dal giudice (e quindi priva dell’automatismo che caratterizza la disposizione dell’art. 83), è per così dire “subìta” dall’interessato, che non ha alcuna possibilità di renderla inoperante ove ne ricorrano i presupposti»; Cass. pen., Sez. IV, sent. 18 giugno 2021, n. 35892 nella parte in cui si sostiene che «La richiesta di procedere da parte del detenuto è suscettibile di spiegare efficacia anche in tale fase, realizzando il contemperamento voluto dal legislatore tra esigenze di tutela della salute pubblica e salvaguardia del diritto alla libertà personale»; Cass. pen., Sez. I, sent. 16 settembre 2021, n. 38373, nella parte in cui si rimarca che «il sistema normativo lascia all’indagato che si trovi in custodia cautelare ed al suo difensore la facoltà di far venir meno la sospensione dei termini attraverso la richiesta di espletamento delle indagini (“richiesta di procedere”). Tale circostanza rende assolutamente bilanciato l’intero meccanismo di operatività della sospensione e manifestamente infondati gli ulteriori residui dubbi di costituzionalità per avere la

C'è però una pronuncia che, nel suo esemplificare bene le contraddizioni della giurisprudenza esaminata e i limiti tanto della disciplina emergenziale quanto dell'interpretazione conforme a Costituzione proposta dal Giudice di nomofilachia, merita di essere analizzata: quest'ultima è Cass. pen., Sez. I, sent. 16 settembre 2021, n. 38373<sup>92</sup>. In questa vicenda, che non casualmente riguarda una ipotesi di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare realizzatasi in fase di indagini preliminari (anomalia totale rispetto alle ipotesi disciplinate dall'art. 304 c.p.p., come conferma anche il fatto che il 100% dei dubbi di legittimità costituzionale sia stato sollevato in casi del genere), è infatti particolarmente chiaro come il Giudice di legittimità abbia realizzato una “disapplicazione creativa” della legge dell'emergenza e della Costituzione così come interpretata dalla Corte costituzionale.

Il caso è il seguente: il 20 marzo 2020 viene eseguito nei confronti di Tizio e Caio un fermo di indiziato di delitto. Il 23 marzo 2020 (pochi giorni dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 18/2020) la misura precautelare viene convalidata e il G.I.P. presso il Tribunale di Cagliari applica nei confronti di entrambe le persone sottoposte ad indagine per duplice omicidio la misura della custodia cautelare in carcere. Da questo momento in poi le indagini proseguono regolarmente, tanto che il 12 febbraio 2021 viene notificato ai protagonisti di questa vicenda l'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415 bis c.p.p.* con una settimana di anticipo rispetto al termine di un anno previsto dall'art. 405 c.p.p. per il loro compimento e quindi senza bisogno di alcuna proroga legata alla pandemia. Posto che, per il delitto in esame, l'art. 303, comma 1, lett. a), n. 3 c.p.p. prevede che la custodia cautelare perda efficacia se entro un anno non è stato emesso né il provvedimento che dispone il giudizio ordinario né quello con cui si dispone il giudizio abbreviato, il 19 aprile 2021 (un anno dopo una richiesta di interrogatorio da parte di uno dei due) entrambe le persone sottoposte a limitazione della libertà personale presentano istanza affinché il giudice dichiari la perdita di efficacia della misura cautelare per decorso dei termini. In subordine essi eccepiscono l'incostituzionalità dell'art. 83 d.l. n. 18/2020 «nella parte in cui, prevedendo una sospensione *ex lege* ed automatica dei termini di custodia cautelare e negando quindi la garanzia della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, comma 2, Cost., tale disposizione grava la persona ristretta di un onere [la richiesta di procedere] che rovescia la logica del sistema costituzionale sancita dalla Carta del 1948 e riconosciuta dalla Corte costituzionale (sent. n. 298/1994) e soprattutto preclude all'Autorità Giudiziaria un controllo sulla ragionevolezza della sospensione nel caso concreto in manifesta violazione dell'art. 3 Cost., poiché non si può giustificare una sospensione automatica dei termini di custodia cautelare nel caso di un procedimento che non conosce nessuna sospensione in concreto, in particolare in fase di indagini preliminari qualora, come nel caso odierno, gli inquirenti pongano in essere quella attività impattante sull'emergenza epidemiologica la cui prevenzione costituisce la *ratio* della normativa emergenziale».

---

normativa previsto una sospensione automatica dei termini di custodia cautelare a prescindere dallo svolgimento in concreto di una certa attività di indagine».

<sup>92</sup> Sostanzialmente analoga, in quanto espressione del medesimo caso, è Cass. pen., Sez. I, sent. 16 settembre 2021, n. 38372.

Tale eccezione di illegittimità costituzionale è stata rigettata in tutti e tre i gradi del procedimento cautelare in cui è stata proposta, sempre senza replicare agli argomenti basati sulle sentenze della Corte costituzionale e sempre senza citare decisioni di quest'ultima in materia di libertà personale o di non manifesta infondatezza (la rilevanza della questione, su cui non è stata spesa parola, risultava evidentemente pacifica). Non potendo ricostruire in questa sede le motivazioni proposte dai giudici del merito cautelare, è necessario concentrarsi sulla pronuncia di legittimità, dalla quale è comunque possibile ricavare le due "disapplicazioni creative" di cui si è detto, che rendono evidente la insostenibilità sistematica della interpretazione conforme proposta negli altri giudizi analizzati.

La prima (e forse meno grave) disapplicazione creativa emerge dalla parte della decisione relativa alla richiesta di procedere ed è (anche) la conseguenza dei limiti macroscopici di una normativa emergenziale tanto inedita quanto inadeguata a ricomprendere la infinita varietà di fenomeni su cui essa sarebbe andata a impattare con le sue disposizioni. Dalla richiesta «che si proceda» genericamente pretesa dal comma 3 dell'art. 83 d.l. n. 18/2020, infatti, si è passati a una distinzione (già proposta in Cass. pen., Sez. III, sent. n. 17394/2021) tra richieste «con riferimento a singoli incombenti che vengano a verificarsi nel corso delle indagini preliminari» e quelle «con riferimento all'intera attività processuale tipica» della medesima fase che non esiste nel diritto positivo. In questo senso è possibile affermare che la disposizione in esame è stata disapplicata nella parte in cui non distingueva tra le diverse ipotesi poi enucleate dalla giurisprudenza di legittimità. Il Giudice di ultima istanza avrebbe potuto inoltre colmare diversamente questa lacuna rifacendosi ai principi, consacrati dalla giurisprudenza costituzionale, del minor sacrificio possibile della libertà personale, della unitarietà e indivisibilità della tutela di quest'ultima e della eccezionalità della sospensione dei termini previsti a sua difesa, che nel loro insieme impongono una interpretazione che espande al massimo la tutela di questo diritto fondamentale e al contempo limita al minimo il periodo di sospensione del decorso dei termini di durata della custodia cautelare. Essa, invece, ha optato per la soluzione opposta, vietata dal Giudice delle leggi e coincidente quindi con una disapplicazione di fatto dell'art. 13 Cost. così come interpretato dalla Corte; il tutto nonostante il ricorrente avesse espressamente richiamato i relativi precedenti nel corso di questa complessa (ma non troppo) vicenda cautelare.

La seconda e più grave disapplicazione creativa è però quella emergente dalla parte della motivazione relativa alle indagini preliminari. Essa si concretizza nel passaggio in cui la sentenza afferma che «non è esigibile che in quella fase tale sospensione [dei termini] sia accompagnata dal blocco totale dell'attività» in ragione della «specificità della fase delle indagini preliminari ove il compimento degli atti procedurali non è rigidamente scansionato dalla previsione di termini, se non per ipotesi particolari». Nell'operare questa valutazione di inesigibilità, la Corte di cassazione ha però obliterato, non solo la legge in sé, ma addirittura la sua stessa giurisprudenza di legittimità attraverso la quale aveva riconosciuto la natura tassativa del catalogo delle eccezioni alla sospensione generalizzata dei termini procedurali e dell'attività giudiziaria stabilite dal comma 3 dell'art. 83, comma 3, d.l. n. 18/2020



(all'interno del quale non sono ricompresi i procedimenti in fase di indagini preliminari<sup>93</sup>). A differenza della precedente operazione, pertanto, quest'ultima si pone in aperto contrasto tanto con la lettera della legge quanto con la sua *ratio* e dimostra in modo plateale di essere finalizzata soltanto a negare la rimessione della questione alla Corte, oltre che una interpretazione conforme capace di determinare la scarcerazione delle persone in stato di custodia cautelare in carcere.

Il dato che chiude il cerchio della valutazione negativa in merito a questa decisione del Giudice di ultima istanza è rappresentato però dallo stravolgimento della eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dal ricorrente. Il testo riportato nella decisione è infatti il risultato della omissione del passaggio in cui, in forza della copiosa giurisprudenza costituzionale espressione dell'ordine costituzionale affermato dall'art. 13 Cost., si denunciava l'illegittimità di quella richiesta di procedere che ha costituito l'elemento essenziale della interpretazione costituzionale espressa dalla Corte di cassazione (nello specifico è omesso il passaggio in cui si contesta il fatto che la disposizione oggetto della questione «grava la persona ristretta di un onere che rovescia la logica del sistema costituzionale sancita dalla Carta del 1948 e riconosciuta dalla Corte costituzionale (sent. n. 298/1994)»).

Tutti questi elementi, uniti ad una significativa imprecisione a livello formale e processuale<sup>94</sup>, rendono incontrovertibile la valutazione relativa, non solo alla grave inadeguatezza tecnica delle decisioni analizzate, ma soprattutto alla manifesta insensibilità costituzionale dimostrata dalla Corte di cassazione nella trattazione delle eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dinanzi ad essa nella materia qui in esame; una insensibilità riconoscibile tanto in merito ai dubbi avanzati dalle parti quanto in relazione a quella giurisprudenza costituzionale che costituisce e avrebbe dovuto costituire la base imprescindibile del suo giudizio sulla non manifesta infondatezza delle questioni stesse. Se infatti il Giudice di ultima istanza avesse utilizzato il vasto e variegato patrimonio costituzionale in materia di libertà personale elaborato dalla Consulta, avrebbe potuto rinvenire agevolmente gli elementi oggettivi posti a fondamento dei dubbi di incostituzionalità eccepiti dai ricorrenti.

Si pensi, per quanto concerne la (ir)ragionevolezza dell'eccentrico bilanciamento proposto dal Giudice di legittimità, a Corte costituzionale, sentenza n. 313 del 1990 (punti 6 e 7 del *Considerato in diritto*). Essa infatti, affermando che «non può essere assolutamente condivis[a] [...] l'idea che l'imputato "disponga" della sua

---

<sup>93</sup> Si rinvia ancora una volta a Cass. pen., Sez. VI, sent. 7 ottobre 2021, n. 38465, nella parte in cui il Giudice di legittimità ha scritto che «la sola deroga alla generale operatività del meccanismo sospensivo è quella dal legislatore subordinata, nell'ambito dei procedimenti tassativamente indicati nei numeri 1), 2) e 3) della lett. b) del terzo comma dell'art. 83, al ricorrere di una condizione legata, come si è visto, ad un'espressa manifestazione di volontà da parte dell'interessato».

<sup>94</sup> Si veda in particolare il punto 4 della sentenza in esame in cui si afferma che «la questione si pone ai limiti dell'ammissibilità in quanto illustrata in termini estremamente assertivi» in cui, oltre a una certa insofferenza per i dubbi di illegittimità costituzionale, emerge anche quella «carente formazione» in materia di giustizia costituzionale a cui ha fatto recente riferimento Lamarque nella replica a M. D'AMICO, *op. cit.*, 29 novembre 2021 (replica contenuta nel medesimo contributo) dal momento che, ai sensi dell'art. 24 l. n. 87/1953, non è prevista una simile tipologia di decisione, punitiva del livello di convinzione del dubbio manifestato, ma solo ordinanze di manifesta infondatezza o di irrilevanza, come confermato in E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 2021, 104.

“indisponibile” libertà personale per autolimitarla», ha riconosciuto incidentalmente che la libertà personale, intesa nel suo nucleo essenziale di libertà dagli arresti, è un diritto indisponibile, tanto più rispetto a eventuali disposizioni *in malam partem*. Quest’ultimo dato è chiarito invero anche in Corte costituzionale, sentenza n. 180 del 2018 (punto 21 del *Considerato in diritto*), nella parte in cui, argomentando in relazione alla riserva di legge assoluta prevista dall’art. 13, comma 5, Cost., il Giudice costituzionale ha ribadito che «è solo la legge che deve assicurare il minor sacrificio della libertà personale» e che quindi una disposizione legislativa viola tale riserva nel momento in cui «consente [...] di interferire nella disciplina della libertà personale» in altri modi, come per esempio attraverso la «previsione che l’imputato sottoposto a custodia cautelare possa richiedere, o no, in forma espressa, di procedere [...] con l’effetto di determinare, o no, la sospensione, e quindi il prolungamento, dei termini massimi (di fase) di custodia cautelare»<sup>95</sup>.

Sempre in relazione a questo punto, si potrebbe inoltre richiamare Corte costituzionale, sentenza n. 278 del 2020 (punto 13 del *Considerato in diritto*), relativa al medesimo art. 83, comma 4, d.l. n. 18/2020. Qui infatti, affermando che solo nel momento in cui «l’azione penale e la pretesa risarcitoria hanno un temporaneo arresto, così anche, per preservare l’equilibrio della tutela dei valori in gioco, è sospeso il termine di prescrizione del reato per l’indagato o l’imputato», il Giudice delle leggi non ha soltanto indicato quali avrebbero dovuto essere gli interessi oggetto del bilanciamento realizzato dalla disposizione censurata (il bene sotteso ai termini sospesi - nel caso qui in esame: la libertà personale - e gli interessi sottostanti alle esigenze del processo penale), ma ha anche riconosciuto il relativo punto di equilibrio e, soprattutto, la sua necessità.

È inoltre possibile ricordare, per quanto concerne il disconoscimento del valore peculiare della libertà personale e il conseguente stravolgimento dell’ordine costituzionale sancito dall’art. 13 Cost., un’ulteriore decisione: Corte costituzionale, sentenza n. 64 del 1970 (punto 6 del *Considerato in diritto*). Essa invero, affermando

---

<sup>95</sup> Il passaggio per esteso è il seguente: «In conclusione, la disposizione censurata viola la riserva di legge posta dall’art. 13, quinto comma, Cost. nella parte in cui consente al codice di autoregolamentazione di interferire nella disciplina nella libertà personale; interferenza consistente nella previsione che l’imputato sottoposto a custodia cautelare possa richiedere, o no, in forma espressa, di procedere malgrado l’astensione del suo difensore, con l’effetto di determinare, o no, la sospensione, e quindi il prolungamento, dei termini massimi (di fase) di custodia cautelare». Si è deciso di riportare per intero questo passaggio per rimarcare che, se è vero che nella sua motivazione la sentenza n. 180 del 2018 si concentra sul problema del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, è essenziale evidenziare come tale decisione della Corte sia prima di tutto il risultato di una ordinanza di rinvio in cui il Collegio rimettente ha sostenuto espressamente che «I tempi della custodia cautelare non possono essere ricondotti alla logica privatistica del consenso dell’avente diritto, essendo la durata della custodia cautelare regolata da norme imperative di diritto pubblico, rispetto alle quali [...] non è ammessa alcuna interferenza della volontà dell’imputato». Da questa prospettiva, infatti, appare chiaro come il riferimento al codice di autoregolamentazione nel passaggio testé riportato sia meramente contingente e conseguenza del caso concreto trattato. Il dato di ordine costituzionale che rileva è invece quello messo in evidenza dalla stessa Corte (e già richiamato) secondo cui «è solo la legge che deve assicurare il minor sacrificio della libertà personale». Da esso emerge infatti pacificamente come ogni tentativo della legge stessa di delegare a fonti subordinate oppure a manifestazioni di volontà private la disciplina della libertà personale e dei termini della carcerazione preventiva debba essere censurato fermamente.

che «la Costituzione ha inteso evitare che il sacrificio della libertà [...] sia interamente subordinato alle vicende del procedimento», ha riconosciuto espressamente un principio di autonomia della tutela della libertà personale che ha trovato poi compiuta definizione nella successiva sentenza n. 298 del 1994 (punto 3 del *Considerato in diritto*). In quest'ultima pronuncia infatti è stato affermato che, mentre il normale decorso dei termini di custodia cautelare costituisce la «regola generale» del sistema costituzionale, la sospensione degli stessi deve invece essere considerata «norma di carattere eccezionale» a causa della sua capacità di «prolungare la limitazione della libertà personale», sicché la relativa disciplina deve essere interpretata «in modo rigorosamente restrittivo» e mai «per analogia». In senso conforme si potrebbe citare ancora Corte costituzionale, sentenza n. 292 del 1998 nella parte in cui si ribadisce che l'unica «interpretazione [...] aderente [...] alla stessa logica dell'art. 13 della Carta fondamentale» è quella che «impone di individuare, fra più interpretazioni, quella che riduca al minimo il sacrificio per la libertà personale» (c.d. principio del sacrificio minimo della libertà personale)<sup>96</sup>.

Infine, per quanto concerne la (ir)ragionevolezza della sospensione automatica dei termini di durata della custodia cautelare a prescindere da una effettiva ricognizione della sospensione del relativo procedimento da parte di un giudice, sarebbe stato possibile richiamare Corte costituzionale, sentenza n. 29 del 1979. Essa invero, da un lato, ha affermato che «l'accertamento [...] della persistenza della forza maggiore» come causa di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare «compete al giudice di merito [...] con il rigore imposto dal rispetto del diritto di libertà personale dell'imputato, costituzionalmente garantito», e, dall'altro, ha aggiunto che «l'effetto della sospensione» in quanto «si risolve in un implicito provvedimento incidente sulla libertà personale dell'imputato [...] forma oggetto di quelle stesse garanzie processuali che operano nel campo delle limitazioni della libertà personale dell'imputato non solo nel momento, per così dire, genetico della forza maggiore, ma anche e soprattutto, nel suo protrarsi nel tempo». Se con queste parole il Giudice costituzionale ha riconosciuto in modo netto la necessità di un controllo rigoroso, non soltanto *ab origine*, da parte del giudice competente sulla operatività della causa di sospensione dei termini di custodia cautelare, a sostegno della irragionevolezza di cui si è scritto sopra la Corte di cassazione avrebbe potuto richiamare ancora un'ultima decisione, ossia Corte costituzionale, sentenza n. 299 del 2005 (punto 7 del *Considerato in diritto*). In quest'ultima pronuncia, infatti, la Corte ha affermato in modo inequivocabile che per essere conformi a Costituzione «le limitazioni della libertà connesse alle vicende processuali devono rispettare il principio di proporzionalità, posto che contrasterebbe con il giusto equilibrio tra le esigenze del processo e la tutela della libertà una disciplina della detenzione cautelare priva di limiti di durata ragguagliati [...] alla concreta dinamica del processo».

In sintesi, è possibile quindi affermare che, riprendendo alcuni noti passaggi della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti fondamentali, la Corte di cassazione

---

<sup>96</sup> Si veda M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Questione Giustizia*, 2004, 264 dove tale principio è stato definito una «direttiva per l'interprete».

avrebbe potuto rilevare quello che in verità appare evidente anche nell'immediatezza a chiunque abbia interiorizzato l'ordine costituzionale sancito dall'art. 13 Cost.: il dato per cui la tutela massima della libertà personale è la regola generale da difendere e la sua limitazione è l'eccezione da ridurre al minimo.

### **5. Conclusioni: i pericoli dell'inaridimento della via di accesso incidentale alla Corte costituzionale e un possibile rimedio de iure condendo**

Alla luce della giurisprudenza di legittimità analizzata è possibile affermare che essa rappresenta un chiaro esempio di quella ipotesi patologica dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni che è stata teorizzata e descritta dalla attenta dottrina che nel recente passato ha approfondito più nel dettaglio lo studio di questa relazione e che, nella misura in cui impedisce sul nascere il raccordo tra questi due soggetti<sup>97</sup>, è potenzialmente "mortifera" per le sorti del giudizio incidentale di costituzionalità italiano. In questo filone di pronunce, infatti, il Giudice di nomofilachia ha deciso sulle eccezioni di incostituzionalità dei ricorrenti in modo totalmente autoreferenziale, non solo perché ha impedito sistematicamente alla Corte di pronunciarsi su molteplici e reiterati dubbi di legittimità costituzionale manifestati dai titolari dei diritti soggetti a limitazione, ma anche e soprattutto perché ha eluso palesemente la giurisprudenza costituzionale invocata (a loro favorevole) rifacendosi invece soltanto a quel diritto vivente in formazione elaborato dallo stesso Giudice di legittimità, che i ricorrenti contestavano però direttamente per la sua incompatibilità rispetto ai principi della Carta del 1948.

In questo senso, tale giurisprudenza rappresenta un esempio emblematico: 1) di superamento dei limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione attraverso, non solo l'«abbandono del testo»<sup>98</sup>, ma la vera e propria disapplicazione creativa della legge e della Costituzione da parte dei giudici comuni (con conseguente abuso di tale importante ma complesso strumento, oltre che dell'ultima parola); 2) di diffusione del sindacato di costituzionalità attraverso decisioni che consentono di non passare dalla Corte costituzionale (con la conseguente idoneità a prosciugare la fonte di vita essenziale del sindacato accentrato); 3) di disfunzione dei rapporti tra Giudice delle leggi e giudici comuni, che in questa occasione da filtri si sono trasformati in muro con la conseguente deformazione dell'immagine armoniosa di tale relazione (che ha sempre rappresentato la costante della storia della giustizia costituzionale italiana<sup>99</sup>). Evidenti sono quindi i pericoli che ne derivano in termini di effettività della normatività della Costituzione, di ulteriore calo di credibilità della giurisdizione dovuta all'incertezza del

---

<sup>97</sup> Si rinvia a E. LAMARQUE, *op. cit.*, 209.

<sup>98</sup> Questa espressione è stata utilizzata da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 2016, 472.

<sup>99</sup> Su tutti si veda da ultimo M. CARTABIA, *Relazione annuale sull'attività della Corte costituzionale del 2019*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2020, nella parte in cui si è scritto che «Si conferma così la preziosa propensione delle supreme corti del nostro ordinamento a collaborare per il comune fine di diffondere i principi costituzionali in profondità in ogni piega dell'ordinamento».

diritto causata dalle sue decisioni tanto imprevedibili quanto arbitrarie (contrarie ai principi costituzionali e in particolare a quello di eguaglianza), nonché, infine, in termini di potenziale perdita di fiducia nella Corte stessa e nella sua capacità di difendere le proprie prerogative di garante della Costituzione e dei diritti fondamentali da essa proclamati.

Tutto questo consente di definire il caso dell’art. 83 d.l. n. 18/2020 un modello paradigmatico di inaridimento della via di accesso incidentale al Giudice delle leggi (sia in termini di processo che di risultato<sup>100</sup>), che assume tratti ancora più inquietanti nella misura in cui si è realizzato durante uno stato di emergenza in cui sarebbe stato più che mai necessario dimostrare la resistenza della Costituzione. Il modello italiano di giustizia costituzionale ha invece evidenziato ancora una volta quella difficoltà di intervenire in modo tempestivo e significativo nei frangenti di crisi (in particolare a difesa dei principi supremi dell’ordinamento) che già all’inizio del millennio era stata denunciata da autorevole dottrina<sup>101</sup> e che risulta pertanto confermata dalle poche e tardive decisioni pronunciate dalla Corte in occasione dell’emergenza pandemica<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> L’inaridimento come processo rappresenta il modo in cui si realizza questo fenomeno. Esso, come si è visto, si è manifestato: in un primo momento, nell’abuso dell’interpretazione conforme attraverso il quale si è disapplicata la legge e sono stati negati ed elusi i dubbi di legittimità costituzionale in merito alla stessa; in un secondo momento, nella instaurazione di fatto di un sindacato diffuso di costituzionalità attraverso la canonizzazione della disapplicazione creativa elaborata (operazione che trova un mezzo formidabile di attuazione nel carattere uniformante della funzione nomofilattica della Corte di cassazione e nella sua pretesa di fornire un’interpretazione esatta della legge). L’inaridimento come risultato di questo processo coincide invece con l’immagine del giudice-muro, il quale, nel suo essere totalmente insensibile ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalle parti e alla giurisprudenza della Corte costituzionale che potrebbe intaccare le sue certezze, occlude il canale di accesso incidentale alla Consulta con il conseguente rischio del suo prosciugamento.

<sup>101</sup> In questo senso sembra di poter leggere la riflessione finale svolta da A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, XIX-XX. Qui l’Autore scrive: «Finché la Costituzione ha svolto il suo ruolo di guida del paese senza eccessive difficoltà, rinunciare, anche se solo in parte, a questo vantaggio (quello della «configurazione dell’attività della Corte come attività giurisdizionale, anziché come attività politica», per il tramite del «rapporto di pregiudizialità fra giudizio costituzionale e giudizio *a quo* [...] che concreta il rapporto di “rilevanza”») consentendo un ricorso diretto non sembrava giustificato dall’opportunità di consentire di estendere l’intervento della Corte alle zone che esso non può attualmente raggiungere (o può farlo solo tardivamente). L’esperienza recente ha mostrato però come le zone che risultano attualmente in tutto o in parte prive della copertura del controllo della Corte costituzionale siano piuttosto estese e riguardino situazioni importanti, per cui non parrebbe da escludere l’opportunità di esaminare la possibilità di introdurre un tipo di ricorso diretto che rendesse possibile provocare un intervento immediato della Corte per risolvere questioni di costituzionalità che presentino particolare gravità». La rigidità della Costituzione, conclude l’Autore, «potrebbe essere resa più concretamente operativa ove fosse stabilita una precisa via di accesso alla Corte mediante la quale fosse possibile denunciare le violazioni dei principi supremi, del tutto inadeguate risultando a questo scopo le vie attualmente praticabili».

<sup>102</sup> Tale dato emerge in F. DAL CANTO, *Il sistema giustizia alla prova dell’emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in *Rivista A.I.C.*, 2/2021, 133-134-142. In questo contributo, da una parte, si specifica che «Ciò che qui interessa è evidenziare il ruolo giocato dalla giurisdizione costituzionale rispetto a tali cruciali questioni. E la risposta deve essere piuttosto netta: la Corte è stata, fino ad oggi, poco coinvolta da tali problematiche»; dall’altra, si conclude sostenendo che «La giustizia costituzionale, pur mostrando un’analogia reattività nell’intervenire sulle norme processuali, e pur tenendo conto del diverso ruolo delle due giurisdizioni, non ha offerto, quanto meno nei primi mesi, lo stesso rendimento di quella amministrativa, mostrando di essere un pò tagliata fuori dalle grandi questioni di costituzionalità poste dall’emergenza pandemica; ciò, probabilmente, in ragione delle sue peculiarità strutturali e, segnatamente, perché essa è tradizionalmente meno attrezzata a decidere in tempi rapidi».

Se la presente ricerca ha quindi confermato l'utilità del metodo di indagine prescelto nella misura in cui esso ha consentito di ricavare dati significativi in ordine a tutti gli indici decisivi individuati dalla dottrina per definire la portata della crisi del giudizio incidentale di costituzionalità<sup>103</sup>, essa fornisce anche una sponda importante per ulteriori riflessioni di carattere sistematico.

Innanzitutto, data l'attuale mancanza di informazioni in questo ambito, non si può escludere che casi come quello analizzato siano, se non comuni, più comuni di quanto si pensi, il che getta un'ombra importante sull'immagine tradizionale dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana. In particolare, provando a sviluppare l'efficace metafora del passo di danza a due adottata per descrivere tale relazione<sup>104</sup>, è possibile affermare che, allargando la relativa inquadratura, potrebbe delinearsi un quadro in cui i cittadini della Repubblica democratica sono ridotti a meri spettatori della giustizia costituzionale, osservatori passivi di una danza che però di fatto li esclude. Un'immagine in netto contrasto, quindi, con quell'ideale partecipativo di cui all'art. 3 Cost. che, nel suo inscindibile legame con la sovranità popolare, esprime il grande salto di qualità realizzato dallo Stato costituzionale democratico e sociale (nel quale si riconosce il ruolo vivificante della società e delle persone, anche quando il loro apporto si manifesta in forme più o meno conflittuali<sup>105</sup>) e che aveva trovato una sua ulteriore conferma nella concretezza tipica del giudizio incidentale<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> In questo senso la ricerca ha certamente confermato quanto recentemente rimarcato dalla dottrina secondo cui è necessario tanto un ampio lavoro di indagine sulla zona grigia dei procedimenti *a quibus* quanto un lavoro di formazione in giustizia costituzionale dei magistrati e degli avvocati (si veda ancora M. D'AMICO, *op. cit.*, 6 ss.).

<sup>104</sup> Per la metafora in esame si rinvia a E. LAMARQUE, *op. cit.*, 160 nella parte in cui l'Autrice spiega la sua scelta: «*It takes two to tango*. Non trovo un'altra immagine per rappresentare la realtà degli ultimi venticinque anni. [...] La metafora è perfetta per la nostra situazione, perché ci dice che: a) bisogna essere sempre in due – la Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria – per far funzionare bene quella danza appassionata e a schema libero, privo di coreografie predefinite, che è il sistema incidentale italiano di controllo di costituzionalità; e b) è sempre responsabilità di entrambi se la danza non funziona. L'immagine del tango suggerisce inoltre che la conoscenza della tecnica e dello stile e la fedeltà agli schemi già sperimentati non bastano ad assicurare un controllo di costituzionalità efficace e capace di proteggere in modo effettivo i diritti costituzionali dei consociati: sono essenziali anche l'orecchio, il ritmo, l'armonia e la fiducia reciproca, oltre che la disponibilità a cambiare il passo, improvvisando al mutare della musica e delle risposte del partner». Per rendere la complessità dell'immagine è bene inoltre specificare che l'Autrice non vuole così ridurre tale relazione a un rapporto pacificato, come dimostrano le ipotesi patologiche di cui ha scritto e che sono state riprese nel testo, nelle quali, restando nella metafora, può accadere che «si assiste [...] impotenti [...] a un'autorità giudiziaria che, quando sente una musica che le piace, sceglie di fare a meno del suo partner per proseguire da sola la sua danza».

<sup>105</sup> Si rimanda a M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 118), Milano, 2018 nella parte in cui si scrive che il Novecento è il secolo del «governo del conflitto, nel senso che [...] si scopre [...] che la Costituzione non può non [riconoscerlo e immetterlo] nel suo perimetro, attribuendo così ad esso rilevanza costituzionale». Si veda anche M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma, 2018, 78 nella parte in cui si afferma che con lo Stato costituzionale democratico novecentesco «ciò che accade [...] è che ora è la società, con la complessiva trama delle relazioni tra i singoli, e tra essi e le loro associazioni, a porsi al centro della costruzione della comunità politica, e non più lo Stato, o il singolo isolato com'era nel liberalismo del XIX secolo. Muta dunque il punto di vista complessivo, da statocentrico a sociocentrico».

<sup>106</sup> Si rinvia a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 108. Qui si definisce la possibilità di eccepire l'incostituzionalità come un «diritto di azione» che è «diretto presso il giudice *a quo* e indiretto (tramite questi) presso la Corte».

Il peggior rischio conseguente a tale situazione è però un altro. Esso, invero, non è solo quello di idealizzare come “pacifica” una realtà che potrebbe essere soltanto parzialmente tale<sup>107</sup> (*ubi solitudinem faciunt, pacem appellant*), ma è soprattutto quello che al prosciugamento del canale di accesso incidentale al Giudice delle leggi segua anche il progressivo inaridimento di quella cultura e di quella coscienza costituzionale diffusa tra i cittadini comuni, sia come singoli sia nelle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità, che rappresenta la più solida base di quella vigilanza democratica che anche recentemente è stata richiamata come un dovere dei consociati per salvaguardare l’ordine costituzionale nel mare pandemico in particolare e nei tempi di crisi in generale<sup>108</sup>. Un appello che vale ancora di più in tempi di tempeste perfette come quello attuale, in cui in una realtà già in forte tensione per la sfiducia nei motori originari della attuazione della Costituzione, partiti e magistratura, si è aggiunto un ulteriore fatto eccezionale come il ritorno della guerra in Europa.

Acclarati questi pericoli, rimangono due considerazioni conclusive da proporre.

La prima è che non appare più così attuale la riflessione proposta tra il secondo e il terzo millennio a proposito della fine della storia della funzione maieutica e pedagogica della Corte, sicché sembra necessario confermare l’insostituibilità del ruolo del Giudice costituzionale quale architrave del modello italiano, almeno se si vogliono evitare stravolgimenti del sistema costituzionale in questi tempi già agitati (fermo il necessario equilibrio tra i diversi custodi della Costituzione).

La seconda considerazione, invece, è che l’indagine svolta rende (potenzialmente) di nuovo attuale la *vexata quaestio* dell’introduzione di un ricorso individuale diretto all’interno del nostro ordinamento, la quale comporterebbe sicuramente dei costi in termini di efficienza dell’amministrazione della giustizia costituzionale, ma potrebbe

---

<sup>107</sup> In tal senso si veda M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 2016 in cui, da una parte (p. 464), si afferma che «le cose hanno funzionato abbastanza bene e tra le due legalità e i rispettivi custodi v’è stata una convivenza pacifica», e dall’altra (pp. 473-474), però, si conclude ricordando che il dialogo tra le Corti «può essere praticato solo se ricorrono alcune condizioni preliminari» che l’Autore individua, da un lato, nella «chiarezza delle decisioni politiche che definiscono il disegno dei rapporti tra le fonti e tra i vari ordinamenti» e, dall’altro, nel fatto che il «canone dell’interpretazione conforme sia bilanciato da qualche efficace contrappeso, che faccia del dialogo una vera interlocuzione e non un monologo» in quanto il dialogo, che «ha i suoi limiti», «si può avere solo se esiste davvero la volontà di interloquire».

<sup>108</sup> Si rinvia a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., 2020, 26 nella parte in cui scrive «Anche straordinarie opportunità di progresso, tuttavia, potrebbero schiudersi una volta usciti dall’emergenza: pure i ciechi e i sordi dovrebbero aver inteso, ormai, che l’Unione europea deve operare un cambio di passo, altrimenti non ha più senso (e utilità) che continui a esistere. I margini per una potente iniziativa politica ci sarebbero tutti. E la stessa prospettiva di un nuovo spirito solidaristico fra le persone che soppianta l’individualismo spinto dell’ideologia neoliberista è aperta: difficile, sì, ma aperta. È tuttavia possibile che la lungimiranza manchi e che ci sia chi intende limitarsi a immaginare di lucrare miopi vantaggi politici da questa situazione, così come è possibile che potenti forze economiche e sociali stiano elaborando progetti di normalizzazione futura volte a trasformare l’eccezionale in ordinario, attentando ai nostri diritti costituzionali. Se ciò accadrà, non potremo delegare a nessuno la protezione dei nostri diritti: i diritti dei cittadini hanno nei cittadini i loro finali e più efficaci garanti e non ci sarà richiamo alle tradizioni costituzionali, al diritto naturale (“positivo” o meno che sia), alla non negoziabilità dei valori, al primato di pretesi metavalori, al dialogo fra le Corti o alla tutela multilivello dei diritti che potrà supplire quella che un tempo si definiva vigilanza democratica e che ora, pur in un contesto diverso da quello in cui quest’espressione si usava, potremmo tornare a chiamare con questo nome».

determinare anche dei benefici di lungo periodo notevoli, non solo per quanto riguarda il problema della crisi del giudizio incidentale di costituzionalità di cui si è detto, ma anche e soprattutto in relazione a quella più generale crisi dei rappresentati-governati che autorevole dottrina ha giustamente individuato come la vera questione di fondo dirimente della decadenza delle democrazie costituzionali contemporanee<sup>109</sup> e che potrebbe forse rappresentare un nuovo punto di vista dal quale affrontare la questione del rapporto tra Corte e democrazia costituzionale.

Pertanto, pur tenuti fermi tanto il carattere isolato dell’approfondimento qui proposto quanto di conseguenza la necessità di procedere con prudenza, è possibile affermare che un intervento in materia rispettoso della regola del minimo mezzo già invocata appare necessario. Il problema è: quale potrebbe essere?

Il modello a cui ispirarsi è dato direttamente dal diritto comparato e in particolare dall’ordinamento francese. Esso potrebbe consistere nel dotare le ordinanze di non rinvio di un regime di pubblicità adeguato<sup>110</sup>, che sia capace di assicurare un controllo pubblico effettivo all’altezza dell’importanza sistematica di questa tipologia di decisioni dei giudici comuni e delle questioni che esse intersecano; un regime che sia quindi idoneo ad illuminare questa complessa zona buia del sistema italiano di giustizia costituzionale senza stravolgerne il funzionamento.

Lo strumento in concreto attraverso cui attuare questo controllo è disciplinato dall’art. 23-7 dell’*ordonnance* n. 1067 del 7 novembre 1958 così come modificata dalla legge organica n. 1523 del 10 dicembre 2009 e consiste in un semplice obbligo di rinvio al Giudice costituzionale a fini essenzialmente conoscitivi dell’ordinanza di respingimento dell’eccezione di incostituzionalità proposta dalla parte processuale. Tale disposizione, infatti, prevede espressamente al secondo periodo del primo comma che il *Conseil constitutionnel* riceva una copia della decisione motivata con la quale la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato decidono di non sollevare questione prioritaria di costituzionalità<sup>111</sup>. Questo inciso, così minimale da non essere oggetto neanche di una

---

<sup>109</sup> Si veda da ultimo M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 229-230 in cui si ribadisce che la vera radice della crisi della rappresentanza sta più dalla parte del rappresentato che da quella del rappresentante.

<sup>110</sup> I capoversi che seguono riprendono parzialmente i paragrafi nn. 4 e 5 di S. ROVELLI, *Le ordinanze di non rinvio ex art. 24 l. n. 87/1953: una zona buia della giustizia costituzionale italiana che può e deve essere illuminata*, in corso di pubblicazione nel Volume che raccoglierà gli atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa del 27-28 maggio 2023.

<sup>111</sup> Si riporta il testo della disposizione in lingua originale per completezza: «*La décision motivée du Conseil d’Etat ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d’Etat ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d’une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d’Etat ou la Cour de cassation ne s’est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel. La décision du Conseil d’Etat ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé*».

Si vedano inoltre D. PARIS, *Prime osservazioni sull’avvio della riforma della giustizia costituzionale in Francia: dalla loi organique n. 2009-1523 alle prime decisioni del Conseil constitutionnel*, in *Rivista A.I.C.*, 2 febbraio 2010, 7 («Anche in caso di non rinvio, la decisione dei supremi giudici deve essere motivata e trasmessa al *Conseil constitutionnel*») e soprattutto A. CHAUVET, *Le renvoi et le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d’État et la Cour de cassation. Étude d’une contribution originale au contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée en France*, *Droit*, Université



specifica trattazione all'interno del più noto manuale di giustizia costituzionale d'oltralpe<sup>112</sup>, ha rappresentato però la base tecnica essenziale che, unitamente alla pubblicazione di tali decisioni sul sito del Giudice costituzionale francese, ha consentito lo sviluppo di tutta quella notevole letteratura sulle cosiddette *decisions de non renvoi*<sup>113</sup> nell'ambito della quale autorevole dottrina d'oltralpe le ha potute definire come una importante illustrazione della metamorfosi della pratica del diritto nell'ordinamento transalpino che, da una parte, rivela l'evoluzione della cultura costituzionale in atto in quel sistema e, dall'altra, soprattutto, disvela la logica globale dell'agire delle corti supreme<sup>114</sup>, che, come testimonia anche la storia dell'esperienza italiana, è essenziale per il funzionamento dei tribunali costituzionali<sup>115</sup>.

Se quello previsto nell'ordinamento francese appare dunque come lo strumento ideale per intervenire in relazione all'art. 24 l. n. 87/1953 tanto nel rispetto della regola del minimo mezzo (poiché consentirebbe una conoscenza sistematica delle relative ordinanze) quanto in modo efficace (poiché garantirebbe un «contrappeso» al meccanismo dell'interpretazione conforme<sup>116</sup>), il problema diventa quello dell'attuazione di una simile innovazione.

La via maestra sarebbe chiaramente rappresentata da una modifica della legge n. 87 del 1953 attraverso l'introduzione di un terzo comma dell'art. 24 analogo al secondo periodo del primo comma dell'art. 23-7 ord. n. 1067/1958 francese (riferito ovviamente a tutti i giudici comuni, date le differenze tra il sistema italiano di giustizia costituzionale e quello transalpino), non essendo peraltro impossibile immaginare anche una integrazione dell'attuale primo comma dell'art. 25 l. n. 87/1953, che già disciplina il regime di pubblicità delle ordinanze emesse dai giudici comuni, benché soffermandosi soltanto su quelle di rimessione *ex art. 23* (ponendo così le basi di un possibile giudizio di irragionevolezza di questa disparità di regolamentazione).

---

de Bordeaux, 2018, 624 («*Le Conseil constitutionnel recense ainsi tous les arrêts de non-renvois des QPC. Si l'obligation pour le Conseil d'Etat et la Cour de cassation de lui transmettre une copie de ces décisions découle de la loi organique, rien n'est dit sur l'utilisation que le Conseil constitutionnel est censé en faire. Il a toutefois choisi de les compiler dans un tableau, qu'il met à disposition sur son site internet au titre des "ressources relatives à la QPC" et des "outils". D'une certaine manière, cela contribue à intégrer la jurisprudence de ces juridictions à la jurisprudence constitutionnelle française, en lui donnant une certaine visibilité, et en l'articulant avec sa propre œuvre prétorienne*»).

<sup>112</sup> Il riferimento è a D. ROUSSEAU, P. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2020.

<sup>113</sup> Su tutte si rinvia a N. DROIN, A. FAUTRE-ROBIN (sous la direction scientifique de), *Le non-renvoi des QPC. Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, in *Collection Colloques & Essais*, Institute Universitaire Varenne, 2018. In quest'opera si analizza in particolare l'impatto di questa tipologia di decisioni su tutta la giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, da quella in materia penale a quella in tema di diritto del lavoro e di famiglia, da quella relativa alle finanze pubbliche a quella in tema di diritti degli stranieri.

<sup>114</sup> Si veda J. BONNET, *Le point de vue du constitutionnaliste sur le non-renvoi des QPC par les cours suprêmes*, in N. DROIN, A. FAUTRE-ROBIN (sous la direction scientifique de), *Le non-renvoi des QPC*, cit., 17 ss.

<sup>115</sup> È importante inoltre notare come tali studi abbiano reso macroscopiche delle questioni estremamente interessanti, quali la effettiva possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale in relazione al diritto vivente elaborato dalle corti supreme e la tendenza di queste ultime a rigettare questioni capaci di incidere sulla loro posizione istituzionale.

<sup>116</sup> Si rimanda ancora alla precedente citazione di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 2016, 474.

Tuttavia, data l'impossibilità di prevedere un intervento del legislatore in materia, il vero interrogativo pare essere un altro: è possibile assicurare un adeguato regime di pubblicità delle ordinanze *ex art. 24 l. n. 87/1953* a prescindere da una novella legislativa? In altri termini, potrebbe la Corte costituzionale realizzare tale innovazione del sistema italiano di giustizia costituzionale attraverso i poteri di cui già dispone?

Stando al diritto positivo, la risposta pare dover essere negativa. Infatti, benché l'art. 31 N.I. disciplini espressamente il tema della «Pubblicazione delle sentenze e delle ordinanze» del Giudice costituzionale prevedendo la pubblicazione integrale di tutte le sue decisioni nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica (o in un Bollettino Ufficiale in caso di legge regionale o provinciale)<sup>117</sup>, tale disposizione ha ad oggetto soltanto tali provvedimenti proprio perché il potere di autonormazione della Corte *ex art. 22 l. n. 87/1953* è limitato esclusivamente a quella fase del processo costituzionale che si svolge davanti a sé stessa, mentre non appare riferibile alla fase davanti al giudice *a quo*.

Potrebbe però sussistere un'altra via per raggiungere l'obiettivo del porre rimedio a questa zona buia del sistema, una via forse secondaria eppure non meno efficace. La rivoluzione tecnologica e digitale ha invero dispiegato orizzonti fino a pochi anni fa inimmaginabili in tema di principio di pubblicità e trasparenza dell'azione dei pubblici poteri e ciò vale anche per l'Ordine giudiziario. Difatti, se per quanto concerne l'attività delle corti supreme del nostro ordinamento è possibile disporre di importanti banche dati giurisprudenziali già da molto tempo<sup>118</sup>, da alcuni anni a questa parte è in corso il tentativo, ulteriormente rafforzato dall'adozione del P.N.R.R., di digitalizzare tutta l'amministrazione della giustizia costituendo anche banche dati delle giurisprudenze di merito<sup>119</sup>. Considerato che tale progetto è stato avviato dal Consiglio Superiore della Magistratura (e in particolare dalla sua settima Commissione in quanto competente in tema di «sviluppo dell'informatica giudiziaria»<sup>120</sup>), nulla osterebbe alla possibilità che l'Organo di garanzia dell'Ordine giudiziario ricomprendesse in questa opera di modernizzazione del sistema giustizia anche le decisioni *ex art. 24 l. n. 87/1953*, che risultano oggi invece inespugnabilmente (ma significativamente) escluse da tale processo.

Questa innovazione sembra invero idonea a garantire il minimo dei costi e il massimo dei benefici per il sistema italiano di giustizia costituzionale.

Si pensi innanzitutto ai vantaggi in termini di redazione degli atti. La consapevolezza della pubblicità di questi provvedimenti incentiverebbe tanto le parti processuali quanto i giudici comuni ad argomentare le eccezioni di incostituzionalità e a motivare le ordinanze di rigetto in quella forma adeguata che è prescritta dalla legge ma

---

<sup>117</sup> In tal senso si vedano anche gli artt. 15, comma 1, lett. f, e 21 del D.P.R. n. 1092/1985 rubricati rispettivamente «Atti da ripubblicare nella Raccolta Ufficiale» e «Pubblicazione degli atti dei giudizi davanti alla Corte costituzionale», ma soprattutto l'art. 12 del D.P.R. n. 217/1986 che, nel disciplinare gli «Atti dei giudizi davanti alla Corte costituzionale» da pubblicare in Gazzetta Ufficiale, ricomprende espressamente anche le ordinanze e i ricorsi che promuovono giudizi davanti alla Corte, escludendo così ancora una volta le ordinanze di non rinvio.

<sup>118</sup> Per un approfondimento si rinvia a V. DI CERBO, *Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell'attività giurisdizionale. L'esperienza del Ced della Corte di cassazione*, in *Questione giustizia*, 3/2017.

<sup>119</sup> Si veda M. CICCARELLI, *Le banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo*, in *Questione giustizia*, 8 marzo 2022.

<sup>120</sup> Si rinvia a F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2020, 127.

che, prima di tutto, discende direttamente dall’alto compito di dare applicazione ai principi costituzionali, di cui nello Stato costituzionale democratico questi soggetti hanno l’onore e l’onere di essere responsabili. In caso contrario, infatti, sia le prime che i secondi non potrebbero più avvantaggiarsi dell’odierno buco nero dei procedimenti *a quibus* e si ritroverebbero soggetti all’esercizio del diritto di critica da parte della dottrina e dei consociati con tutto ciò che ne può conseguire.

L’intervento qui prospettato inoltre, non soltanto potrebbe contribuire a rinviare la credibilità dell’Ordine giudiziario in un momento difficile della sua storia per mezzo della connessione autoevidente che sussiste tra il rispetto del principio di pubblicità e trasparenza del proprio agire e la fiducia che i consociati devono poter riporre nel proprio sistema giustizia di riferimento, ma avrebbe anche un’ulteriore virtù. Esso, infatti, rappresenterebbe un punto di equilibrio capace di assicurare al contempo un momento di diffusione del nostro modello di giustizia costituzionale, conseguente alla ulteriore consacrazione pubblica del potere di interpretazione costituzionale dei giudici comuni, ma anche un momento di riaffermazione della natura accentrata dello stesso, in quanto garantirebbe alla Corte quella conoscenza delle «reali tensioni» che si configurano «tra diritti fondamentali presenti nell’ordinamento in un certo momento storico» nella quotidianità dei processi *a quibus* da cui dipende la sua forza e quindi la sua credibilità<sup>121</sup>.

In conclusione, la digitalizzazione di queste decisioni e la costituzione di una banca dati conforme a Costituzione rappresenterebbero l’ennesimo esempio virtuoso di leale collaborazione tra giudici comuni e Giudice costituzionale, realizzata peraltro nella forma inedita di un raccordo diretto con il C.S.M.<sup>122</sup>, dal quale entrambi questi garanti dell’ordinamento repubblicano uscirebbero rafforzati insieme alla legalità costituzionale e alla tutela dei diritti fondamentali di tutti i consociati.

---

<sup>121</sup> Si rimanda ancora a E. LAMARQUE, *op. cit.*, 185.

<sup>122</sup> Tale convergenza realizzerebbe inoltre in modo efficace le parole di A. PIZZORUSSO, *Un discorso non pronunciato*, in *Foro italiano*, 1990, V, 449-453: «il Consiglio deve offrire la sua collaborazione più sincera e professionalmente qualificata al capo dello Stato, al ministro della giustizia, alle commissioni giustizia delle camere del parlamento, ed a tutti gli altri operatori politico-costituzionali, e deve altresì saper fare in modo che la sua collaborazione sia accettata e valorizzata».